



OBSERVATIONUM RATIOCINANTIUM IN COMPENDIUM JURIS LAUTERBACHIANUM

CENTURIÆ QUINDECIM,

Quibus Loca obſcuriora ac dubia explanantur, ac verus Juris Romani Habitus & Uſus, ex genuinis Principiis, contra vulgaria Præjudicia, per ſingulos Titulos, oſtenditur,

A U T O R E

GOTTLIEB GERH. TITIO.

U. J. D.

EDITIO SECUNDA.

L I P S I Æ,

Sumptib. Hæred. FRIDER. LANCKISII.

Anno M DCC XVII.





LECTORI S.

QUemadmodum homines, duplici imperio, divino ſcilicet & humano, ſubſunt, ita eos in univerſum, duplicis generis legibus, divinis puta ac humanis, regi inde conſequitur. Quodſi igitur in aliqua Republica, communia legum divinarum, ac præcipue naturalium, præcepta, in generali Diſciplinâ, ſecundum ſtatum Generis Humani, ritè ac adæquatè repræſentata, occurrant, præterea verò Diſciplina Propria, in uſum Civitatis ſuæ, ex generalibus illis principiis, concluſiones ſpeciales eliciat, negotiisque, in ſocietate civili occurrentibus, ap-

plicet, nec non leges proprias, prudenter latas, illis addat, ac inprimis modum obtinendi jus ſuum, recte juſteque conſtiturum, tradat, illaque omnia ex rationibus domeſticis ſolidè explicet & pro re nata, ex hiſtoria patria amplius illuſtret, cum Jurisprudentia recte conſtituta erit, adeoque Ejus Docendæ & Diſcendæ, ſeu in Scholis, Statum, ſanum dicere licebit. Quodſi deinde leges ſincere ſerventur, ac ortæ controverſiæ ſecundum eas, bona fide, ſepoſitis pravis reſpectibus terminentur, ac delinquentes in ordinem redigantur, tum etiam Jurisprudentiæ exercendæ & applicandæ, ſeu in vita civili & foro, Ejus Status recte ſeſe habebit. Enimverò uti hoc poſterius magis optare, quam ſperare licet, cum ſocialitas inter homines ferè mortua ſit, ac non tantum aperta vi & fraude, mortales ſibi mutuo noceant, ſed & imprimis

ſub

ſub ſpecie recti, ſeſe lædant, ac optimis quibusvis inſtitutis, eo fine turpiter abutantur, ita nec prius obtinere, ſeu quantum ad Scholas, Jurisprudentia bene ſatis inſtructa eſſe ſolet. Nihil equidem in rebus humanis perfectum eſt, hinc nec Legum diſciplinam, omnibus numeris abſolutam, requirere aut expectare licet, palpabiles tamen ejus defectus notare, ac inde Statum ejus morbitum arguere, fas erit. Si ad Germaniam reſpiciamus, Generale Legum divinarum Studium, aliquamdiu vel plane inexcultum jacuit, vel, ſub nomine Ethices & Politices ex macilentis Philoſophiæ Peripateticæ principiis, frigidiſſime ac inſufficientiſſime inſtructum traditumque eſt, quem defectum dum Moraliſtæ Pontificii, quos vocant (Termino barbaro, ſed barbaris Scriptoribus ſatis conveniente) emenda-

 tum

tum iverе, principia Theologiæ & doctrinæ civilis, eaque tam communia quam propria, fœde miſcuerunt, adeoque diſciplinam, quæ hactenns abortui ſimilis erat, in monſtrum aliquod prolixitate confusâ transformarunt. Sed, ſeculo proxime elapſo ſolidius pleniusque illud â Grotio, Pufendorfio aliisque excoli cœpit, cumque præjudicium Autoritatis publicæ hic non obſtet, hinc ſpes eſt fore, ut magis magisque ſucceſſu temporis excolatur, ſtatui Generis Humani attemperetur, Ejusque cum Jurisprudentia Particulari connexio, evidentius monſtretur, atque ita Summa Illius Utilitas & Neceſſitas, ab illis præcipuè, qui JCtorum nomen gerunt, tandem agnoſcatur, quam in rem, qualeſcunque meos conatus, ſi Deo viſum fuerit, aliquando etiam expromam. Jurisprudentiam Germa-

maniæ propriam quod attinet, ſunt Ejus, ut in aliis Rebuspublicis, duæ partes, Publica Scilicet & Privata; illam, quæ ad imperantes quà tales, & ſubditos conſtituendos pertinet, non rectè conſtitutam, adeoque ejus docendæ ac diſcendæ Statum non per omnia eſſe ſanum, ſatis quidem manifeſtum eſt, cum enim frequentes, easque graves, nec tamen ſemper apertas, ſed latentes potius ac involutas, experta ſit Germania mutationes, hinc magna Status publici ac legum & jurium eò pertinentium, exorta eſt incertitudo, quæ quidem ab iis, penes qvos ejus rei arbitrium eſt, tolli poſſet, ſed variis ex cauſis non tollitur; Accedit papatus, ſeu doctrina civilis corrupta, â qua leges publicæ non penitus liberatæ ſunt, denique & præjudicium ex legibus extraneis, Jure Romano & Canonico potiſſimum

 ena-

ctrata, unde quo mox amplius dicam, fontes Studii hujus valde inquinavit, quem nævum imprudentia multorum Scriptorum strenuè etiam conservat. Interim cum autoritate publica, Systema aliquod Jurisprudentiæ Publicæ concinnatum non sit, sed disciplina illa privato ausu Scholis aptari debeat; ideo, si Scriptores ingenium intendere velint, Eadem habitu non quidem optimo, attamen nec plane morbido ac pessimo, exhiberi potest, nam præjudicia ex legibus extraneis propullulantia, ut & papatum evitare licet, Status autem Germaniæ obscurus quidem ac involutus, attamen non omninò incognitus est, sed ita eminet, ut recte attendentibus satis percipiatur, hinc Eum eique innexas leges ac jura publica ita repræsentare integrum erit, ut â principiis genuinæ doctrinæ ci-

civilis, Eorumque, penes quos legum publicarum condendarum est arbitrium, sententiâ, non plane abludat Disciplina, utut certitudo sæpe ei sit defutura, id quod in Specimine Juris Publici Romano-germanici amplius ostendere volui. Privatam Jurisprudentiam, ut alibi, ita etiam in Germaniâ, pertinere ad Subditos constitutos, cujuscunque etiam sint dignitatis & Status, nec non ad Imperantes, secundum conditionem privatam, quæ scilicet ipsis, cum hominibus privatis communis est, spectatos, alibi ostenditur & hic supponitur, de cætero â diversitate objecti, eique subordinato hactenus docendi modo, tres ejus species constituuntur, Civilis, Feudalis & Ecclesiastica. Omnes & singulas esse morbidas, eo argumento ostenditur, quod illæ ex principiis legum divinarum, ac legibus domesti-

eis seu patriis rite instructæ, accuratoque ordine, Germaniæ Statui attemperatæ non sint, sed legum extraneam velut aliquo diluvio omnia hic reperiantur inundata. Initio quidem nemo mirabitur, quare tanta legum extranearum multitudo, in Germaniam irruperit, qui Statum præteritorum temporum obiter saltem expenderit. Superstitio & barbaries mirum in modum superiora secula infestabant, hinc uti Pontifici Romano facile fuit, rancidas suas merces pro eâ, qva tum pollebat, autoritate, Gentibus obtrudere, ita Jus Romanum subtilitate suâ, ac immixtâ hinc inde æqvitate (quæ non omninò eidem negari potest) placere, imo Gentes in admirationem rapere, aut propemodum in Stuporem conjicere potuit, adeo ut optimè deinceps secum actum iri existimarent, si iis legibus uterentur.

tur. Sed de hoc jam agere non attinet! Incommoda potius admiſſarum legum extranearum ſtrictim enarrabimus. Quemadmodum igitur veſtimenta ad menſuram alieni corporis concinnata, nunqvam aliis hominibus ſatis conveniunt, ita etiam leges alibi natæ, aliis Civitatibus recte attemperari non poſſunt. Dantur quidem nonnulla, in qvibus fere omnes Gentes ac Reſpublicæ conveniant, adeo ut unius civitatis leges, ad aliam etiam quadrent, ê contrario tamen dantur etiam plura, in quibus plane diſcrepent, adeo ut eorum reſpectu, leges peregrinæ in alia Republica otioſe, vel etiam perniciosè inculcentur. In ſpecie admiſſio legum extranearum in Germaniam, Germanos â penitiori legum divinarum & germanarum conſideratione abducit, qvod incommodum eo majus cen-

ſe-

ſeri debet, quo majori obſcuritate res Germanorum premuntur, & quo majorem adeo Germanorum reqvirebant diligentiam, nunc Græca Romanaque anxiè ſectamur, noſtra verò cum ignotiſſimis ignoramus & negligimus. Alterum incommodum eſt, quod leges extraneæ judicii vigorem velut obtundant, adeò ut nihil ſinceræ & germanæ cogitationis, in hominibus Germanis propemodum occurrat, ſed omnia juris Romani & Canonici præjudiciis inquinentur. Liqvet hoc ſane innumeris Scriptorum exemplis, qvi communia omnibus Gentibus inſtituta, vel etiam Germanis propria, traditúri, nil niſi Romanum & Pontificium crepant, adeoque corrupta ratiocinia palam oſtendunt, qvo philoſophandi genere, auribus ad ſolidiora adſvetis, nihil poteſt eſſe ingratius moleſtiusque. Accedit

cedit qvod in legibus illis extraneis papatus antea notatus etiam passim emineat, qvam evitare difficile eſt, in tanto legum divinarum neglectu, qualis hodie adhuc obtinet. Non minus aliis etiam vitiis extranea illa jura laborant, inprimis quæ judiciorum conſtitutionem concernunt, ut dubitandum non ſit, qvin moleſtiſſima, Scopoqve ſuo haut ſufficiens, procedendi vel litigandi ratio, qvæ ubiqve hodie obſervatur, ex fontibus illis promanaverit. Id dubio procul ad incommoda etiam pertinet, quod in univerſum jurium illorum valor dubius ſit. Communiter Jura communia audiunt, quod plerique in eam partem accipiunt, quaſi ſint Jura principalia, quæ primariò reſpicere ac fundamenti loco ſupponere oporteat, ſed videtur potius dicendum, qvod ſint ſaltem jura ſubſidiaria, quæ;

de-

deficientibus legibus germanicis, demum uſum habeant, & quamvis hæc conciliari poſſe videantur, ſi diſtingvas, utrum extraneæ leges, communia juris naturalis dictamina, an decreta poſitiva continent, adeo ut illo reſpectu juris communis fundamentalis, hoc, ſubſidiarii rationem habeant, attamen ita non multum profeceris, qvis enim leges naturales & poſitivas, diſcernendas eſſe credit, in tanto Jurisprudentiæ divinæ contemtu ac publico velut vituperio? omnia potius in legibus extraneis, eâdem æſtimatione proſequi, eruditum & verè juridicum exiſtimatur, deinde etiamſi naturalia & poſitiva diſcernas, tamen legum Germanicarum prærogativa nondum erit ſalva, qvis enim eas legibus extraneis poſitivis præferet, qvando ab Academiis illæ fere exulant ac non niſi

per

per Saturam recenſentur ac adeo ut plurimum ignorantur? Ex iſto autem dubio legum valore quid aliud oriri in Jurisprudentia poteſt, quam incertitudo, uſus præpoſterus ac mera confuſio? His annumerandum, quod per leges extraneas Jurisprudentia Germanica privata, in eam ſit redacta conditionem, ut ei addiſcendæ & excolendæ, unius hominis ætas non ſufficiat, ſane legum patriarum ſolidam acquirere cognitionem, leges quoque extraneas ex rationibus ſuis rite evolvere, evolutarum, in ordine ad Germaniam, habitum & uſum exquirere, easdemque cum legibus patriis rectè componere id unius hominis, licet maximè longævi, vitam, intenſiſſimasque ingenii vires ſuperat, & licet forte verbis impoſſibilitatem vulgò non fateantur, (quæ eſt mentis humanæ ſuperbia) attamen re ipſa eam agno-

ſcunt, dum in excolendo Juris Studio, in diverſas velut ſectas diſcedunt, adeoque ipſa ſeparatione, ſe immenſum hoc pelagus emetiri non poſſe concedunt; videas enim quosdam, qui omnem ingenii ſui vim, centonibus juris Romani & Canonici ediſcendis, impendunt, adeo ut data quavis occaſione, magnum eorum numerum in aciem producere, ac, quicquid in quacunque materia proponunt, longa illorum allegatione, ſi non confirmare aut illuſtrare, ſaltem opprimere illis liceat, de cætero hiſtoriam ac rationes proprias illi parum curant, ſed ex trivio quid hauſiſſe, ac leges extraneas, ex ſenſu communi, ab illis nimium quantum ſæpe diſtante, explicaviſſe, ipſis ſatis eſt, ex quo enata eſt *Ars gloſſaria* vel *Legiſtica*, quam nulli, qui ad ſolidam eruditionem contendit, placere poſſe, in aprico eſt. Alii eruditius

tius inceſſuri, verum legum extranearum ſenſum, ex hiſtoria Scriptoribusque coævis repetunt, nihilque proponere geſtiunt, niſi quod antiquam Romam intimè redoleat, inde orta eſt *Jurisprudentia Critica* ſeu *Amoenior*, quam vocant, quâ quidem mirum in modum ſibi placent, qui eidem operas ſuas impendunt, hæc ipſis eſt juſta illa & maſcula eruditio, ad quam bonâ fide enitendum, in eâ omnis eruditionis humanæ apex conſiſtere exiſtimatur, hinc plerumque etiam nihil elatius Critico reperitur. Enim verò licet utique, ſi Criticum cum Legulejo compares, ille huic longe præferendus ſit, attamen uti ſæpe vix centeſima eruditionis Criticæ pars, aliquem in vita civili habet uſum, ita omnis illa ſapientia tumida, ſi, quod ut plurimum fit, eadem ultra Studii famulantis aut delectantis metas extendatur, in meram

ram pedanteriam resolvitur. Denique aliis volupe est, in legibus judiciariis, sæpe corruptissimis, subtilitates venari, ac quicquid in Processu peragendum, certis formulis rigide adstringere, vel etiam nocendi compendia, horumque præcautiones investigare, ex quo exstitit *Ars forensis*, quæ cæteris in eo prudentior existimari potest, quod sit magis lucrosa, hominibus in lites & jurgia nimium proclivibus. Atque hæ tres artes, nisi fallor, ut plurimum splendido Jurisprudentiæ titulo superbiunt. Tandem inter legum extranearum incommoda, id reticeri non debet, quod, cum plerumque juxta illarum seriem, quid justum & injustum in Germania sit, doceatur, non possit non evenire, ut animi Tironum, variarum rerum obsoletarum cognitione imbuantur, necessariarum verò destituantur,

quæ

quæ enim Germanis ſcitu ſunt utilia, juxta ductum extranei Juris, vel omnino non, vel non ſatis apte & ſufficienter, tradi poſſunt, hinc multa quidem Tirones, de ſervis ac libertis Romanis, de lege Ælia Sentia, Fuſia Caninia ſimilibusque rebus, extra uſum poſitis audiunt, quando ad Jurisprudentiam admittuntur, ſed quæ ſit Subditorum Germanicorum conditio, quis Municipiorum & Pagorum habitus, quæ univerſæ Regionis ratio, regendis ſubditis introducta, id cum Doctoribus ſuis illi ignorant, ac muneribus publicis admoti, demum diſcere coguntur. Summa igitur concluſio eo redire videtur: in Germania doceri Jurisprudentiam, ex turbidis principiis promanantem, ſibi ipſi non ſatis conſentientem, incertam, à Statu Reipublicæ abhorrentem ac ſemi intellectam, quo ipſo tamen omnis

utilitas ei non denegatur, ceu ex antedictis constat. Cæterum quæ hactenus proposuimus, non eò pertinent, quasi incommoda illa privato ausu exactè tolli posse existimem, aut quasi credam, quod hoc ab iis, penes quos ejus rei arbitrium summum est, facilè fieri queat, sed ut saltem ostendam, non absurdum esse, si quis meliora Jurisprudentiæ Germanicæ fata exoptet, ac adeo votis saltem eò contendat, quo re ipsa pervenire forte non datur. Sed tamen de quali quali emendatione, quæ à privato etiam fieri queat, non plane desperandum est. Nimirum primarius videtur error, quod Jurisprudentia Germanica juxta ductum legum extranearum doceatur, sic enim animi discentium à rebus germanicis abducuntur, iisdemque nimia legum illarum veneratio, ac eadem operâ, juris divini & germani-

nici contemtus, aut ſaltem neglectus, ingeneratur. Quodſi adeo proprio Marte, ſepoſito legum extranearum ordine, Jurisprudentiæ Germanicæ Syſtemata ac Compendia conficiamus, eosdemque Reipublicæ noſtræ Statui rite attemperemus, tum & major rerum germanicarum tractandarum erit occaſio, & Tirones, ſi jus divinum & germanicum Romano non præferre, ſaltem eâdem æſtimatione, illa proſequi diſcent. Admiſſo autem, in cenſum legum utilium, jure divino & germanico, deinde parcior & rectior erit uſus juris extranei, Studium ejus non amplius erit infinitum, ac papatum aliaque vitia intelligere, eademque aliquo modo declinare licebit, incertitudinem tamen aliosque nævos, ad proceſſum inprimis pertinentes, ac uſu firmatos, privatus tollere non poteſt, quanquam illa

indicare, emendandique rationes ſuppeditare, eidem integrum ſit. Moliti ſunt ejusmodi ſyſtemata, à ſerie legum extranearum abeuntia, interpretes, quoad Jurisprudentiam Feudalem & Eccleſiaſticam, quamvis non dixerim, quod illi hac ratione ſatis profecerint, cum variis laborare ſoleant præjudiciis. Ipſe etiam *Specimina Juris Feudalis* & *Eccleſiaſtici* eo fine propoſui, in quibus tamen fortaſſis etiam conatus magis, quam effectus probari debet. Verum quoad Jurisprudentiam civilem, talia ſyſtemata vel nulla, vel rariſſima ac in Scholas nunquam introducta, occurrunt, ſed his moribus vivitur, ut, juxta ſeriem Juris Romani, Jurisprudentia Germanica civilis doceatur, hinc incommoda antea memorata inprimis hic occurrunt ac difficulter evitantur. Quia tamen fuſior tractatio, juxta ipſas Juris

ris Romani Pandectas, institui non potest, hinc dudum Interpretes, Scriptis ad illas concinnatis, huic incommodo mederi, ac materias rotundius definire & proponere conati sunt. Uti autem successu temporis, plures Scriptores hoc nomine innotuerunt, ita hactenus fere obtinuit *Compendium Juris Lauterbachianum*. Hoc dum & mihi nonnunquam explicandum fuit, factum est, ut Auditores annotationes nonnullas à me exigerent; Ego illos ad Virorum Celeberrimorum, qui illustrando Lauterbachio operam suam impenderunt, Scripta ablegavi, sed illi hoc non contenti, Sententiæ suæ institerunt, ex communi forsitan præjudicio, quo Doctor officio suo haut rite defunctus existimatur, nisi de suo aliquid adjiciat, ac Auditores scribendo fatiget. Quo igitur & isti desiderio satisfacerem ac mihi mo-

leſtias communicandi, illis vero deſcribendi tædium auferrem, has *Obſervationes* prelo ſubjici permiſi, idque eò libentius, quo paratiores Bibliopola offerret operas, ac dubitantem, ad opus, quantum in me foret, maturandum, hortaretur. Quis vero earum Scopus ſit, id ex Titulo præfixo intelligi poteſt: Loca ſcilicet obſcuriora & dubia explanare, ac verum Juris Romani habitum & uſum oſtendere volui, quæ ultima tractatio eo pertinet, ut jura connata ac omnibus hominibus communia, à Romanis rectè ſeperarentur, atque ita habitus & uſus meri juris Romani pateret, nam utplurimum illi, qui uſum legum Romanarum tantopere extollunt, communia & propria illa confundunt ac illorum argumento, juris Romani præſtantiam ſummamque neceſſitatem & utilitatem probare conantur, argumentandi ratione parum e-

ru-

ruditâ & validâ, jura enim naturalia non magis Romanis, quam ulli alii Genti, debemus. Interim Tironibus, ac iis præcipue, qui in addiſcenda Jurisprudentia, qualicunque meâ operâ utuntur, ſcripſi, hos enim in intelligendo Lauterbachio adjuvare, Eorumque Rationem, Juris Romani ruderibus vulgò opprimi ſolitam, utcunque erigere excitareque his obſervationibus volui, hoc ergo ſi hæc aliquo modo præſtiterint, tum ſcopum qualiscunque hujus ſcriptionis ex aſſe obtentum eſſe exiſtimabo. De cætero uti in aliorum Scripta commentandi inſtitutum, exoſum quodammodo eſſe intelligo, ita, iſto ſcribendi genere Tironum Studiis, non ſatis proſpici, ſimul novi & fateor, nam nunquam ſatis cogitationes cohærent, ſi nunc ad Autorem explicandum, nunc ad ea, quæ annotationibus adjiciuntur, ani-

nimus discentis ablegetur, longe planior & solidior est docendi discendique ratio, si ea omnia, quæ captui Auditorum convenire existimantur, Serie non interrupta, perspicuè ac adæquatè proponantur, ac explicando, examinando & repetendo iis, sedulò inculcentur, quanquam sæpe Auditores, judicio parum solido, nil nisi novas quæstiones, in Autore explicando non occurrentes, ac adeo ipsis plane incognitas, desiderent, ac Doctorem, nisi ita faciat, male suo officio fungi, aut etiam ignaviæ litare existiment, cujus adeò sententiæ inter cordatos non magna habenda ratio. Hæc uti certâ ratione nituntur, ita à Summo ICto, *BORNIO NOSTRO*, eadem plus vice simplici laudata & probata esse, ex colloquiis privatis, quæ mihi cum Viro Illustri habere licuit, recordor. Interim cum systemata Juris Romani & à

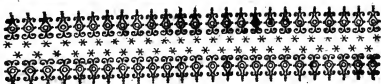
à Statu Germaniæ abludant, de quo antea dixi, nec in ſe etiam omnibus numeris abſoluta ſint, ideo hactenus ſcribendarum annotationum conſilium, non plane inconſultum cenſeri debet, ſi enim ſecundo vento portum attingere non datur, obliquis velis utcunque eò connitendum eſt, atque hanc rationem, mearum etiam Obſervationum cauſam, eſſe oraturam confido, ut non dubitem, quin cum magnus jam annotationum, Scholiorum, animadverſionum ſimiliumque meditationum apparatus, ab aliis, variâ occaſione & fine, ſit concinnatus, etiam haſce meas Obſervationes, cum illis, ferre poſſit Seculum. Id fortaſſis quoque admonendum, me, prout viſum fuit, à Lauterbachio, liberè & ſine ulla veniæ præfatione, diſſenſiſſe, ſed ſolo veritatis Studio, procul omni inſultandi libidine, cujus me, ſpero,

bonis rationibus nemo reum fecerit, licet nonnullos, quibus publicandarum harum Obſervationum Conſilium innotuit, id jam muſſitaſſe, perceperim, qui eſt ſuccus nigræ loliginis & ærugo mera. Vale.

Scrib. Lipſ. menſe Decembr.
1702.



OB-



OBSERVATIONES
IN
COMPENDIUM LAUTERBACHII.

PRÆFATIO.

OBSERV. I.



Ræfatio) Jurisprudentia Germanica eſt vel *Publica*, vel *Privata*, hujus partes ſunt *Civilis*, *Feudalis* & *Eccleſiaſtica*, quatenus ſcil. hæ duæ poſteriores ad feuda mediata, in ſtatuum Territoriis occurrentia, ac ad ordinandum cultum divinum Proteſtantium pertinent.

2. De *Civili* hic ſaltem agitur, continet illa leges tum *patrias* ſive Germanicas, tum *extraneas* & in Germaniam receptas, nempe Jus Romanum & Pontificium. Licet autem rationi maxime ſit conſentaneum, ut in tradenda Jurisprudentia germanica civili præcipua habeatur ratio legum Germanicarum, attamen contrarium dudum invaluit, ut ſcil. in ea docenda & diſcenda leges extraneæ potiſſimũ attendantur, quod inſtitutum aliquo quidem modo excuſari, nunquam tamen ſolide & penitus defendi poteſt, cum eodem animi diſcentium falſis de habitu legum patriarum & ex-

tranearum ſententiis imbuantur. Interim errori vulgari cedendum, & juxta ſeriem Juris Romani, quicquid in Germania, quoad negotia civilia juſtum injuſtumque cenſeri debeat, præcipue tradendum diſcendumque eſt. OBSERV. II.

Jus civile eſt magnæ autoritatis.) Per modum ergo Prolegomenorum Autor aliquam Juris Romani hiſtoriam præmittit. Diſtinctius ſi agendum ſit, Ejus (1) *Origo*, (2) *Receptio* ſpectari poteſt.

2. Origo & habitus Juris Romani juxta tres periodos expenditur, *Antejuſtinianeam*, quam lib. 1. tit. 2. Autor delineat, circa quam conferendi ſcriptores, qui ad l. 2. de O. J. commentati ſunt, *Juſtinianeam*, in qua, quid temeritas *JUSTINIANI* & imperitia *TRIBONIANI* aliorumque Compilatorum, in corrumpenda, dilacerandaque Jurisprudentia Romana præſtiterit, oſtenditur. Eam attigit *AUTOR in præfat. lit. B.* circa quæ annotationes *Dn. STRYKII* conferendæ. *Poſtjuſtinianeam*, in qua fata Jurisprudentiæ Juſtinianeæ, quæ poſt Juſtiniani obitum tam in Oriente, quam Occidente habuit, commemorantur, *vid. GOTOFRED. manual. Jur. c. 5. p. 75. c. 9. p. 33.* ſed occidentalia magnam partem eſſe fabuloſa, docuit *CONRING. de Orig. Jur. Germ. c. 20. ſeqq.*

3. Circa receptionem videndum (1) *quando* ea facta ſit? ſcil. circa confinia ſeculi XIV. & XV. *CONRING. d. tr. c. 32.* (2) ob *quam cauſam?* ob ſingularem æquitatis, quâ legibus germanicis præſtat, opinionem, (3) *quomodo?* tacite, ipſo admiſſionis, in Scholas & forum, facto, expreſſa tamen approbatio acceſſiſſe creditur, (4) *in quantum?* in ſubſidium, ut deficientibus legibus patriis, Jure Romano utamur, nam illas peni-

penitus hac receptione esse sublatas, probari nequit, utut multis ita persuasum sit.

4. Ex hoc ergo sequitur, quod in dubio pro jure patrio sit pronunciandum, & quod adeo capitalis error sit, quod hoc in Academiis, solide ex historia & institutis patriis, non doceatur. Sane ista conciliari recte non possunt: *Jus principale in scholis negligitur*, & *subsidiarium pro fundamento habetur.*

OBSERV. III.

Constitutione Maximiliani) Hanc se nunquam reperire potuisse, dicit *CONRAD. SINCERUS differt. epist. de usu Jur. German. p. 87.* nec Lehmannum, ad quem unice provocari soleat, ejus facere mentionem. Attamen *DATT de pac. publ. l. 4. c. 1. n. 111. seqq.* probabile putat, in Comitiis Wormatiensibus *1495.* expresse inter Cæsarem & Status conventum esse, ut ex Jure Romano deinceps quoque Jus diceretur, Lehmannumque, dum in Chronico suo confirmationis alicujus faciat mentionem, in Archivo Spirensi formulam Recessus vidisse, ut mirum sit, quare Recessuum Collectores eam omiserint. Summa rei in ista disquisitione non vertitur, cum de autoritate Juris Romani hodie ambigi nequeat, quomodocunque tandem illud receptum sit.

OBSERV. IV.

Declarantur, restringuntur, supplentur jura statutaria) Ut hæc ex Jure Romano *suppleantur*, id merito admittitur, cum hoc indoli Juris subsidiarii conveniat, sed ut etiam inde *declarentur* & *restringantur*, id falsum existimari debet. Declaratio Juris Germanici, ex rationibus domesticis est facienda, ex Jure Romano eadem perinde infeliciter desumitur, atq; declaratio-

nem ſacræ Scripturæ, quis ex libris Ariſtotelis metaphyſicis peteret, ceu recte judicat *SINCERUS d. diſſert. p. 63.* Cur porro Jus principale, ex jure ſubſidiario reſtringi debeat, ejus rei nulla eſt ratio, hinc ne quidem quoad leges provinciales, poſt receptum Jus Romanum datas, vulgarem doctrinam admitterem, ſed earum interpretationem ex communibus ratiocinandi & interpretandi principiis faciendam eſſe, plane putarem. In exemplis, quæ doctrinæ illuſtrandæ adducuntur, fallacia aliqua ſubeſt, neque enim in iis declaratio aut reſtrictio ex jure Romano, qua tali, ſed ex jure naturali, omnibus hominibus communi, deſumitur. Sunt hæc & alia huius furfuris brocardia, veterum Legiſtarum imperita ſomnia, à quibus tamen nec hodie, Viri alioquin eruditi, ſibi ſatis cavent, cuius rei non alia cauſa eſt, quam quod juxta ductum Juris Romani Jurisprudentia Germanica tradatur, inde enim præjudicium *juris cujusdam primarii & fundamentalis* enaſcitur & conſervatur, cum tamen illud elogium Juri Romano, qua tali, non conveniat.

OBSERV. V.

Authentica) De harum collectore videnda eſt *CORNELII VAN BYNKEERSHOEK*, Critici non indocti, ſed & valde ſuperciliosi, quem *HUBERUS* in *Eunomia ad l. 7. §. 12. de pact. p. 108.* juvenem eruditum, ad *l. 40. de R. C. p. 484.* eruditiſſimum vocat, *Diatriba*, quam noviſſime *libro ſingulari* ad L. *Lecta* adjunxit, in qua argumentis *STRAUCHII* & *PAGENSTECHERI* reſpondet, ac authenticas à diverſis autoribus, præcipue tamen ab Irnerio collectas eſſe, amplius contendit. Salus Græciæ in iſtis tricis ſita non eſt.

OB-

OBSERV. VI.

Posteriora derogant prioribus) Ubi observandum, quod, si leges successive componantur, ea tamen intentione, ut simul in usum subditorum adhibeantur, prioritas & posterioritas non ex promulgatione, sed compositione sit æstimanda, hæc enim ordinem voluntatis in Imperante ostendit, hinc Institutiones derogant Pandectis, licet ante has sint promulgatæ.

OBSERV. VII.

Statuenda differentia) Doctrinæ hujus duplex est sensus, (1) inter Jus Canonicum & Civile non esse in dubio asserendam contradictionem, hoc respectu vera illa est, contradictio enim cum facti sit, non est temere præsumenda, (2) inter illa Jura esse statuendam convenientiam, ea quidem ratione, ut quævis dispositio positiva Juris Romani, v. gr. de mero Imperio, *vid. AUTOR de jurisdict. lit. a.* de pactis nudis, *ID. de pact. lit. E.* de arbitro judice, *ID. de recept. lit. P.* de invaliditate stipulationis tertio factæ, *vid. STRAUCH. exercit. 14. §. 8. add. Exercit. 27. §. 7. exerc. 29. §. 1. 5.* in dubio etiam Juri Canonico probata censeri debeat & vice versa. Hoc sensu vulgo quidem etiam defenditur ista doctrina, sed eam falsam esse, non dubito, neque enim Jus civile placita Juris pontificii recepit, aut recipere potuit, cum diu post illud hoc confectum sit, nec vice versa Jus Pontificium dispositiones mere Romanas probasse, ulla ratione idonea potest ostendi, nimis enim frigida est probatio, quæ ex *c. I. X. de nov. oper. nunc.* & *Nov. 83. c. 1.* desumitur, quæ enim consequentia, si leges civiles aliquando sequuntur aliquem Canonem, aut Jus Pontificium probat specialem Juris Romani dispositionem, ergo totus ille legum Canonum-

que complexus mutua approbatione receptus eſt? hinc etiam altera ratio, quæ aliquando reddi ſolet, quod v. gr. diſpoſitio Juris Romani de pactis nudis, Jure Canonico non ſit abrogata, incongrua eſt, fruſtra enim de abrogatione quæritur, quando de valore nondum conſtat. Sed quæ tandem doctrinæ illius utilitas? nulla profecto, neque enim vel Germanorum vel alius nationis, in cujus civitatem jura illa penetrarunt, intereſt, quomodo eadem erga ſe invicem, ratione valoris, comparata ſint, ut facile liqueat, doctrinam illam antiquis gloſſatoribus ſuos debere natales, qui cum in enucleandis, interpretandis, veſtiendis comparandisque illis juribus, otio ingenioque abuterentur, variis ejusmodi commentis ſtudium juris oppleverunt.

OBSERV. VIII.

In cauſis Eccleſiaſticis) Videbatur potius Jus Canonicum in dubio juri civili ſemper præferendum eſſe, citius enim in Germaniam penetravit, nec facile oſtendi poteſt, Jure Romano recepto, illius autoritatem reſtrictam eſſe, niſi forte diſtinctio illa *AUTORIS* uſu fori, cui hac in re multum tribuendum videtur, probata eſt, *add. STRYK in not. ad BRUNNEM. I. E. l. 1. c. 3.* §. 4. Exinde autem liquet, quam miſera Juriſprudentiæ Germanicæ ſit conditio, nam juribus illis extraneis, tam inter ſe, quam cum jure patrio, certantibus, ſæpe ob diverſas interpretum ſententias, non conſtat, quid tandem ſequi debeamus.

LIB.

Lib. I. Tit. I.
DE
JUSTITIA ET JURE.

Observ. IX.


N quavis Jurisprudentia, juxta artis regulas concinnanda, duæ partes generales conſtituendæ videntur, *Præliminaris*, in qua indoles *Jurisprudentiæ, actionis humanæ, legum, juris* & *obligationis, juſtitiæ* & *injuſtitiæ, interpretationis* & *applicationis*, ac eo quidem, quem deſignavimus, ordine, explicetur, & *Principalis*, in qua argumentum legum debito ordine recenſeatur. Iſta porro omnia menſuræ Jurisprudentiæ tradendæ attemperanda eſſe, recta ratio facile oſtendit, hinc generalia in *Jurisprudentia univerſali*, ſpecialia in *particulari* proponi debent.

2. Jam compilatores Pandectarum duas illas partes in effectu quidem conſtituerunt, ſed neutram debitè executi ſunt. Nam in præliminari, quæ quatuor priores titulos continet, nec omnia, quæ antea memoravi, attigerunt, nec quæ propoſuerunt, captui diſciplinæ ſuæ, (quæ ſine dubio eſt aliqua Jurisprudentia particularis,) attemperarunt, hinc philoſophia generalis de Jurisprudentia, de juſtitia, de legibus divinis & humanis à ſcopo eſt aliena, arguitque conceptus legulejos, vanamque de univerſalitate Juris Romani perſuaſionem, hinc totum hunc titulum, obſervationum aliàs ſatis fœcundum, ſicco pede præteribimus.

TIT. II.
DE ORIGINE JURIS.

OBSERV. X.

USque ad Hadrianum) legi debet: *quas ab Hadriano usque ad Valerianum & Gallienum collegit Gregorius JCtus, à Claudio usque ad Constantinum M.*&c. *vid. GOTOFRED. Manual. Jur. c. 4. p. 16.* Quare autem nullæ constitutiones Imperatorum Hadrianum antecedentium collectæ sint, de eo frustra Gotofredum anxiè sollicitum esse, putat *Dn. THOMASIUS in tract. de nav. Jurispr. l. 2. c. 4.* cum pleræque leges eo tempore sub *forma senatus consultorum* fuerint factæ, hinc etiam Sctorum saltem usque ad Marcum fieri mentionem, teste *GOTOFREDO in man. Jur. c. 3. p. 13.* & ex *PLINII Panegyr. c. 76. p. 368.* constare, quod sub Trajano magna fuerit Senatus autoritas.

2. Enimvero, quod ante Hadrianum leges Imperatorum, sub forma Sctorum potissimum prodierint, post illum vero, sub habitu Constitutionum nativo, factæ sint, id non satis liquidum est, nam (1) nulla probabilis ratio apparet, quare præcise per integrum seculum, timidius velut potestatem suam Cæsares exercuerint, Hadrianus vero eumq; secuti audacius eam exserere cœperint, quin (2) constat, Sctorum etiam post hæc tempora aliquem fuisse usum, nam ultra Marcum, secus ac putabat *GOTOFREDUS*, eorum fit mentio, nempe sub Severo *l. 1. de reb. eor. qui sub tut.* imò Theodosius & Valentinianus in *l. 8. C. de leg.* sub forma Sctorum, constitutiones fieri debere, palam testantur, quod testimonium tanti valoris censeri debet, quanti effatum *PLINII* esse putatur. Sed ista alii accuratius expediant,

diant, est enim totus hic titulus historicus, ac usum legalem in Germania non habet.

TIT. III.
DE LEGIBUS &c.

OBSERV. XI.

IN hoc & sequenti titulo indoles legum, intuitu Reipublicæ Romanæ expenditur, ut hactenus illa tractatio recte se habeat. Interim Germania nullum inde habet emolumentum, nam *jus publicum* in Germania oritur ex pactis, *jus privatum* ex imperio civili, quæ principia omnibus Gentibus sunt communia, pro ratione tamen singularum civitatum propriam induunt formam. Discrimen *juris scripti* & *non scripti* ex diverso modo promulgandi resultat, qui itidem omnibus gentibus communis est. Species autem juris scripti Romanæ in aliis civitatibus nullius sunt usus, cum in his omne jus Romanum, ut *receptum*, valeat, quodsi vero in iis species quædam occurrant, quæ Romanis similes sint, tum earum veritas & indoles non ex Romanorum placitis repetenda est, sed â proprio potius cujusvis Reipublicæ statu dependet.

OBSERV. XII.

De quo l. 1. 10. 11. 12. Cod.) Jus publicum Romanum in istis libris Codicis contineri, perinde falsum est, ac â veritate abit, quod Recessus imperii indistincte Jus publicum germanicum exhibeant, nam uti Recessus, inprimis antiquiores, multa ad privatos pertinentia, v. gr. de pupillis, minoribus, Notariis &c. continent, ita quicquid in Codice, dictis libris habetur, illud omne ad *subditos constitutos* pertinere, ex inductione constat, jam vero hi ad jus privatum referri debent, ad

jus publicum autem nihil, nisi quod *subditos constituendos* & *imperantes quâ tales* respiciat, spectare, ostendi in *specim. jur. publ. l. 1. c. 1. §. 34. seqq. l. 3. c. 9.* Sed hoc forte nimis scholasticum quibusdam videbitur, cum saltem ad disciplinas recte distinguendas pertineat.

OBSERV. XIII.

Obligat ad scientiam) Sed quomodo lex nondum cognita ad scientiam obligare potest, cum omnis obligatio scientiam præsupponat? Obligantur igitur subditi ad notitiam legis promulgatæ comparandam, sed illa obligatio non fluit ex *lege promulgata & cognoscenda*, sed ex *vinculo Subjectionis*, quo legislatori obstringuntur, quæ duo *AUTOR* distinguere debuisset.

OBSERV. XIV.

Si causa finalis) Confunditur hic *interpretatio restrictiva* cum *abrogatione*, quando enim causa finalis adæquata omnino & in totum cessat, tum lex non abrogatur, sed eadem ad casum istum nunquam pertinuisse, interpretatione genuina ostenditur.

OBSERV. XV.

Jus non scriptum) Consuetudo vario sensu supponi potest, vel enim accipitur (1) pro *pacto tacito*, quorsum etiam pertinet observantia imperialis, des Reichs Herkommen, de qua dixi in *specim. Jur. Publ. l. 1. c. 3.* (2) pro *præscriptione*, quæ instar conventionis est, ac inter duas partes, autoritate legis positivæ, jus saltem facit, (3) pro *legum latarum observantia*, juxta *§. fin. J. de satisd.* (4) earum *neglectu*, quæ consuetudo inter homines frequentissima est, (5) *interpretatione*, de qua in *l. 37. de leg.* (6) pro *nudo actuum exercitio*, *vi obligandi destituto*, quam *consuetudinem nudam s. simpli-*

plicem recte diceres, quæque tam quoad homines singulos, quam integra collegia, imo Respublicas occurrit, (7) pro *frequenti actuum legibus divinis contrariorum exercitio c. fin. X. de consuetud.* quæ consuetudo inter homines itidem valde frequens est, (8) pro *lege tacita, ipso facto ab iis, penes quos ejus rei arbitrium est, data*, eo referas stilum Curiæ summorum judiciorum, cui subditi in iis agentes se attemperare debent, (9) pro *lege tacita ex actibus subditorum orta.*

2. Hæc demum hujus loci est, & oritur ex actibus subditorum (1) *rationabilibus*, i.e. jure divino permissis, (2) *consuetudinis introductivis*, quæ qualitas unice ex contradictione colligenda videtur, quo pertinet *l. 34. de leg.* (3) *uniformibus*, (4) *aliquoties exercitiis*, ac (5) ab *Imperante confirmatis*. Et quia illa omnia in tempore fiunt, adeoque quo plus temporis elapsum est, eo sæpius illa accidere potuerunt, hinc hactenus *temporis diuturnitas* etiam attenditur, certum autem tempus, vel Judicis determinatio frustra exigitur, sed utrumque potius pro glossatorum commento habetur, hinc nec *CARPZOVIO*, intra 30. annos, annum & diem, in Saxonia consuetudinem introduci testanti *P. 2. C. 3. D. 21.* fidem adhibendam esse, arbitror.

3. Jam si existentiam Consuetudinis respiciamus, videtur eadem in iis Rebuspublicis, quæ populares non sunt, nec unius Urbis mœnibus comprehenduntur, rarissima esse, cum inprimis Imperantis confirmatio non facile probari queat, sine hac autem cætera omnia requisita sine effectu sunt. Quod si etiam jactata consuetudinis exempla probe excutias, vel aliud quid, quam legem privatam, ex actibus subditorum ortam, sub illo nomine deprehendes, vel legem ali-

quam fingi animadvertes. Qui leges ex malitia vel imprudentia negligit, neglectui consuetudinem prætexit, ne male egisse vel errasse videatur, si quis ex nuda & simplici consuetudine lucrum aliquod speret, is eam pro affectu suo in legem obligantem transformat, ac si vires permittant, aliis obtrudit & imperiose defendit.

TIT. IV.

DE CONSTITUT. PRINCIP.

OBSERV. XVI.

Jus commune faciunt) Commodissime hic videtur distingui, utrum *Imperans decernat circa rem, quæ ex legibus jam latis poterat decidi*, an vero *circa eam, quæ dubia hactenus erat*, quale exemplum omnino est, de quo in *l. 3. de his, quæ in testam. del.* agitur, illo casu decretum saltem erit *sententia* juxta *l. 3. C. de Leg.* hoc vero, *lex communis*, etiamsi saltem fuerit interlocutorium.

OBSERV. XVII.

Latissime) Hæc regula non immerito forte ad falsa interpretandi principia refertur; voluntas enim Principis non semper eadem est, sed pro diversis potius circumstantiis diversa, hinc male regula aliqua perpetua illa circumscribitur, cum potius juxta varietatem circumstantiarum eadem varie sit explicanda.

OBSERV. XVIII.

Utitur jure suo) Dicterium hoc aliquando necessario obtinet ob fugam contradictionis, ut in casu *l. 12. §. 1. C. qui potior in pignor.* aliquando vero ex sola voluntate privilegium concedentis locum habet, ut *in l. 8. de excusat.* quare illud immotæ veritatis censeri non debet,

debet, quo loco tamen multi ejusmodi brocardica habere solent.

TIT. V.
DE STATU HOMIN.

OBSERV. XIX.

STatus hominum) Incipit hic tractatio Principalis, in qua argumentum legum Romanarum refertur. Et vulgo quidem creditur, (1) considerari *Jura personarum* in *tit.5. 6.7.* (2) *Rerum tit. 8.* & (3) *Judicia*, quo pertineant reliqua omnia. Licet autem ista partitio conceptibus falsis scateat, hactenus tamen tenenda erit, ut aliquo modo saltem titulos Pandectarum recensere liceat.

OBSERV. XX.

Libertatis) Confunditur hic *libertas* cum *humanitate*, ad hanc enim, non illam quadrat definitio allata, hinc falsum etiam est, quod mox sequitur, *servos ab hac prima societate excludi*, utique enim à societate, quam natura inter omnes homines constituit, non excluduntur, licet verum sit, eos à communione libertatis, recte suppositæ, excludi.

2. Non melior est definitio libertatis *FLORENTINI* in *l. 4. de stat. hom.* quam sequitur *TRIBONIANUS* *§. 1. J. de Jur. Person.* quia ad servos etiam quadrat, hi enim omnia facere possunt, nisi vi aut jure prohibeantur, & inanis est quorundam exceptio, servos *conditione sua servili* prohiberi, hæc enim utique à Jure seu lege est; eidemque adeo frustra opponitur.

3. Observandum igitur, in statu civili non esse quæstionem de libertate quâvis, aut etiam de *naturali*, sed tantum de *civili*, quæ cum imperio civili consistere

ſtere queat. Hoc ſenſu, niſi fallor, eſt *jus ea faciendi, quæ cum imperio civili non pugnant, nec non alia jura, laudato imperio haut contraria acquirendi, conjunctum cum aliqua exiſtimatione.*

OBSERV. XXI.

Servi) Servitus apud Romanos erat vel *PACTITIA*, quando ex locatione conductione operæ ſerviles præſtabantur, hæc non tollit libertatem, *vid. §. 2. J. de uſ. & habit.* verb. *nec non aliis perſonis liberis*, vel *LEGALIS*, quam male iterum deſcripſit *FLORENTINUS* in *l. 4. §. 1. de ſtat. hom.* & ex eo *TRIBONIANUS* §. 2. *J. de Jur. perſ.* cum *redactio in dominium*, de qua definitio loquitur, formale ſervitutis non exhauriat, imo ad hanc, quatenus libertati opponitur, plane non pertineat.

2. Quare dicendum, ſervitutem tripliciter ſupponi poſſe, vel (1) quatenus opponitur *libertati*, hoc ſenſu eſt *libertatis privatio*, nec aliquam ſubjectionem involvit, vel (2) *poteſtati dominicæ*, eo reſpectu notat *obligationem domino ſerviendi*, ac convenit cum ſervitute pactitia, licet hac durior ſit, vel (3) *dominio aliisq; juribus*, hoc intuitu notat *aliquam pertinentiam*, non ſecus enim ac aliæ res, quæ in patrimonio ſunt, ſervi ad dominum pertinent, ab eoque alienari poſſunt, atque ex hac conditione amplius fluebat, quod ſervi omnia dominis acquirerent, perinde atque illud noſtrum eſt, quod rebus noſtris adjicitur.

OBSERV. XXII.

Abiit) Servitus pactitia hodie quoque eſt uſitata, ſed non quia apud Romanos fuit, verum quia reſultat ex principio omnibus gentibus communi. Servitus legalis juxta primum ſenſum ſpectata, inter Chriſtianos ceſſat.

cessat. Sed juxta secundum & tertium, in *Hominibus propriis* occurrere videtur, aut potius horum conditio servituti Romanæ eo respectu est similis, *vid. dissert. Dn. THOMASII de Hominibus propriis & liberis Germanorum*, hab. Hall. 1701.

OBSERV. XXIII.

Repugnet) Imo repugnat; servitus, quæ ex captivitate oritur, est emortuæ socialitatis certissimum indicium, nam utplurimum homines insontes in miseram servitutem rapiuntur, quodsi autem hostes injusti eidem mancipentur, non eo magis tamen licita censeri potest, cum haut deceat æterno odio hostes prosequi. Haut juvat sententiam *AUTORIS* Apostolus, nam incertum est, utrum ille loquatur de mancipiis, an saltem de mercenariis perpetuis, deinde ostendit solum, quid servos facere oporteat, servitute semel introducta, non autem asserit, servitutem tam duram, qualis olim apud Romanos erat, ac hodie inter infideles & Christianos obtinet, licite introduci.

OBSERV. XXIV.

Argumentamur) Sed plerumque sine sufficiente ratione, nam conditio hominum propriorum, propriis pactis & legibus nititur, ut ad Romana confugere opus non sit, imo perniciosa est illa argumentandi ratio, dum Germanos à penitiori rerum germanicarum consideratione abducit, eos præjudiciis vanis obruit, ac male instituta diversa confundit.

OBSERV. XXV.

Civitatis) Tripliciter civitatis jus supponi potest, (1) pro *subjectione*, hoc sensu omnes subditi sunt cives, (2) pro *communione jurium municipalium*, eo respectu cives dicuntur, qui albo municipum sunt inscripti eorum-

rumque juribus gaudent, (3) pro *communione jurium civilium certa alicujus Reipublicæ*, hoc intuitu apud Romanos, non tantum peregrini, sed & multi subditi, *vid. l. 17. de stat. hom.* à juribus civitatis Romanæ excludebantur, cujus rei rationem eam reddit *GROTIUS de J. B. P. l. 2. c. 6. n. 14. in fin.* quod exteri rudioribus illis seculis, quasi pro hostibus fuerint habiti, ut merito mos iste apud populos moratiores deinde exoleverit.

OBSERV. XXVI.

Masculi) De habitu sexus masculini & fœminini agere, physicorum est, ut nulla Juris Romani hac in re sit autoritas. In quantum autem uterque sexus eodem vel diverso jure utatur, id in universum ex voluntate Legislatoris divini & humani cognoscendum est, quæ principia omnibus hominibus communia sunt. Porro id naturale est, ne liberi nascituri, vel directe, vel indirecte lædantur, quousque vero jura adventitia, ad aliquod commodum competentia, ipsis asseri debeant nec ne, id vel ex conventione vel lege positiva æstimandum, quemadmodum etiam ex hac est, quod liberi Parentum conditionem sequantur, aut nondum editi iis regulariter non prosint, qua in re definitio juris Romani usum habere potest, si propriis legibus aliud non sit cautum.

TIT. VI.
DE HIS, QUI SUI VEL ALIEN. JUR. SUNT.

OBSERV. XXVII.

PAtriam potestatem ex generatione alioq; actu consensuali naturaliter oriri, certum est, hinc hactenus illa

illa à Romanis repetenda non est, interim leges civiles multa circa eam, quoad modos constituendi, subjectum & effectum sanxerunt, quæ deficientibus legibus patriis usum habere possunt.

OBSERV. XXVIII.

Adulterini) Liberos adulterinos aliosque injustos legitimari posse, ex natura imperii civilis, cui tota legitimitas subest, facile intelligitur, nec valde obsunt, quæ dissentiens *STRAUCHIUS exerc. IV.* §. 3. opponit, (1) *omnem clementiam liberis illis negari*, Nov. 74. *c. ult.* (2) *legitimationem ex fictione matrimonii procedere, cum adultera autem matrimonium fingi non posse, jure divino Polygamiam probibente*, nam illa saltem ostendunt, in quantum, & quo modo, Imperantibus Romanis imperium heic exercere placuerit, aliorum verò Imperantium imperio ac libertati obicem nec ponunt, nec ponere possunt.

TIT. VII.

DE ADOPTIONIBUS &c.

OBSERV. XXIX.

PEr adoptionem, velut actum consensualem, naturaliter acquiri potestatem patriam, indubium videtur, hinc materiæ hujus velut substantia, itidem juris, non Romani, sed naturalis est, illud tamen iterum multa circa modum, personas & effectum constituit, quæ juxta consuetas restrictiones in Germania valent. Tollitur etiam patria potestas partim *naturaliter*, morte scil. & emancipatione, ut & adoptione, partim *jure civili*, dignitate & capitis diminutione *maxima* & media, quæ sensu Romano, in Germania *non obtinent*.

OBSERV. XXX.

Jus cognationis & sanguinis) quod per adoptionem jus cognationis non constituatur, id ad ea tempora pertinere videtur, quibus sola agnatio jus succedendi largiebatur, at postquam *JUSTINIANUS Nov. 118. c. 4.* cognationem agnationi, quoad effectum succedendi, exæquavit, videtur adoptatus tam cognatos, quam agnatos adoptantis attinere, iisque succedere posse.

TIT. VIII.

DE RERUM DIVISIONE &c.

OBSERV. XXXI.

JUxta vulgaris connexionis commentum, in hoc titulo agitur de jure rerum. Sed hoc nemo credat, quia nulla jura adducuntur, sed termini solum, seu *indoles juris rerum* explicantur, adeoque pertinet hic titulus ad *partem præliminarem*, & debebat sane uno in loco *natura jurium* seu *rerum moralium* vel *incorporalium* exponi, cum per universam jurisprudentiam jura deinceps occurrant, adeoque illorum indoles merito maxime cognita esse debeat, sed illud in jure Romano factũ non est, hinc etiam doctrina de rebus incorporalibus, variis tricis falsisque conceptibus scatet.

OBSERV. XXXII.

Jus in re) De Jure Romano tres species juris realis (1) *dominium* (2) *pignus* & (3) *servitus* satis certæ sunt, nam ex his actiones reales descendunt. Ex *possessione* vel jure *possessionis* actionem quoque realem oriri, à multis quidem dici, sed à nemine solide probari, hactenus semper existimavi, & licet in specie leges citatæ communem eamque *AUTORIS* sententiam non probent,

bent, cum in *l. 1. §. 1. de superf.* perperam verba finalia ita accipiantur, quasi præcedentia, quæ de interdicto loquuntur, explicent, cum potius JCtus hoc velit, superficiario competere & interdictum & insuper actionem realem, nempe utilem rei vindicationem, contextu illam expositionem satis probante. Ex *l. 1. §. fin. l. 2. Uti possid. l. 3. §. 13. de A. A. P.* autem, quas *AUTOR* insuper allegat, nullum argumentum idoneum desumi posse, vel sola inspectio ostendat. Attamen, dum denuo hanc rem expendo, communem sententiam non adeo fundamento destitui, sed jus possessionis, pro jure reali, recte posse haberi, deprehendisse mihi visus sum.

2. Habet scilicet Possessio triplicem velut faciem, nam aliquando spectatur ut *medium acquirendi jus reale*, quando v. gr. dominium tralitione & possessione constituitur, aliquando ut *juris quæsiti indicium*, nam pro possessore esse præsumtionem, tralatitium est, aliquando autem *propriis viribus velut consistit & suo marte jus sibi acquirere intendit*, nam quivis possessor, ideo quod possideat, aliquid juris, præ aliis in re possessa se habere existimat, interim jus illud diversæ est efficaciæ, prout possessio vel sola est, vel aliud jus reale præsupponit.

3. Jam si possessionem juxta ultimum respectum debite expendas, apparet sane, quod sit tale factum, quo quis sibi jus, non contra certam personam, sed contra omnes potius valiturum, acquirere intendit, qua in re possessio à pacto vel delicto, ex quibus certa aliqua persona ejusq; hæres saltem obstringitur, plane abit; Exinde ergo non potest non aliqua diversitas Jurium, quæ ex illa & his descendant, oriri. Nimirum ex

pacto & delicto descendit quidem *jus efficax, certum ac durabile, sed quod certam saltem respicit personam*, sed ex possessione oritur Jus, *non adeo quidem constans, efficax ac durabile*, (si aliis circumstantiis, ut temporis diuturnitate, aut juribus concurrentibus, non fulciatur, nam tum possessoris consensu saltem nititur, non vero mutuam voluntatem, ut pactum & delictum, præsupponit,) *attamen indeterminatum ac ad certam personam non restrictum.*

4. Ex his ergo liquet, quod juxta intentionem facti hujus, jus reale sequi debeat. Merito igitur illud etiam revera sequi, ac effectus juris realis, quamdiu elisum non fuerit, habere, existimandum est. In specie itaque interdicta retinendæ possessionis, pro actionibus realibus, quæ ex jure possessiones reali fluant, recte habentur. Obstare quidem videtur, *quod non dentur contra possessorem, nec rem ab alio possessam persequantur, quod tamen ad actionis realis essentialia pertinet.* Ista objectio non removetur, si, quod vulgo fieri solet, contendas, *ad naturalia saltem actionis realis spectare, ut detur contra possessorem*, nam si quis rem aliquam certo possideat, tum insanus erit, si actione reali eam vindicare velit, ut facile liqueat, actioni reali perinde essentiale esse, ut *detur contra possessorem*, ac, ut *ex jure reali descendat.* Quæ cum ita sint, hactenus mihi objectio illa insolubilis visa est, ac ob eam præcipuè, jus possessionis, *reale* esse, negavi. Jam verò puto recte negari, *quod interdicta retinendæ possessionis non dentur contra possessorem*, nam licet actor possideat, attamen non *solus*, non *quiete* possidet, sed alter actibus turbativis possessionem quoque arripit, hinc hactenus ab eo res recte vindica-

dicatur, perinde ſicut dominus & poſſeſſor actione negatoria (quæ realis & ſpecies rei vindicationis eſt) vindicat rem ab altero ex prætenſa ſervitute poſſeſſam, de quo alibi dicemus.

5. Interdicta recuperandæ poſſeſſionis, etiam pro actionibus realibus haberi poſſunt, licet enim hoc negent JCti Romani in *l. 7. unde vi.* attamen ſicut in æſtimando *dejectionis facto* non adeo recte ſunt verſati, ceu ex *l. fin. C. unde vi* liquet, ita in dijudicando *poſſeſſionis jure* ejusque *effectu* lapſi quoque videntur, ut illæ anguſtiæ non immerito, in jure Canonico in *c. 18. X. de reſtitut. ſpoliat.* & plenius, juxta communem ſententiam, in *can.* redintegranda *3. Cauſ. 3. qu. 1.* ſint ſublatæ, inprimis, cum ipſi Romani in ſimilibus caſibus, ut metus illati, actiones perſonales, in rem ſcriptas, minimum aſſeruerint.

6. Quod attinet *Jus hæreditarium*, notat illud completum jurium realium & perſonarum, à defuncto in hæredem translatorum *l. 37. de A. & O. H.* adeoque hactenus pro ſpecie juris realis haberi nequit. Sæpe tamen illud, quatenus ſcil. contra poſſeſſorem hæreditatis ſe exſerit, notat *dominium in hæredem translatum*, quodſi adeò hoc, in aliam formam mutatum, pro *peculiari juris realis ſpecie* haberi exiſtimes, tum non repugnabo, quo minus ſpeciebus, antea laudatis, jus hæreditarium, velut quintam, addas, ut hactenus communior illa ſententia ſatis defendi poſſe videatur.

7. Qui unicam ſaltem ſpeciem, nempe *dominium*, aſſerunt, illi, expunctâ penitus poſſeſſione, hoc, in *rerum corporalium*, & *incorporalium dominium* diſtinguunt, ac ex illo, *rei vindicationem*, ex hoc verò, ſcil.

 domi-

dominio ſervitutis, pignoris ac juris hæreditarii, *confeſſoriam, hypothecariam*, ac *hæreditatis petitionem* repetunt.

8. Poterit illa doctrina in foro facilè admitti, nam in hoc ſatis eſt, ſcire actionem ejusque effectum, an vero ejus fundamentum, *ſervitutem*, vel *ejus dominium*, & ita porro, dicere velis, id perinde eſt. Quodſi verò juxta rei veritatem expendatur, tum locum ſuum tueri non poteſt, nam dominium rerum incorporalium, ac ſpeciatim, ſervitutis, pignoris aut juris hæreditarii, rerum moralium indoles utique repudiat.

9. Nunquam enim tale dominium conſtituitur aut etiam conſtitui poteſt, fac, me à vicino ſtipulari v. gr. *jus paſcendi*, hactenus ſaltem habeo *jus perſonale*, ſequitur deinde uſus & patientia, exinde oritur *jus reale*, ſeu ipſa *ſervitus*, ubi igitur *dominium?* nam poſt illos actus, nihil amplius agunt paciſcentes, nullum actum dominii conſtituendi cauſa ſuſcipiunt! imo ſi diſerte dominium illius ſervitutis peculiari actu alter alteri tribueret, eſſet tamen actus inanis, quoniam poſt illum alter nihil amplius haberet, quam ante habuit! cæterorum eadem eſt ratio. Dicis, *uſu & patientia conſtitui dominium ſervitutis!* verum reſponderem, ita ſaltem ludi in terminis, nam quod alii dicunt *ſervitutem*, tu mavis dicere *dominium ſervitutis*, quæ novi nominis affectatio ſub inepta licet admittatur, attamen eâdem nihil obtinetur, quoniam non probat duplex jus, ſervitutem ſcil. & ejus dominium, de quo tamen unicè controvertitur, ſed ſaltem unicum, illudque nova & non neceſſaria ratione effert.

10. Levia omnino ſunt, quæ pro defendendo rerum incorporalium dominio vulgo afferuntur. Contendunt

dunt (1) *servitutem, pignus, jus hareditarium posse alienari, ergo illa esse in dominio.* Infirma illatio! poteſt etiam alienari dominium & jus perſonale, ergone hæc quoque ſunt in dominio? hoc ne ipſi quidem diſſentientes aſſeruerint! Nimirum alienatio non eſt effectus *dominii*, ſed *libertatis*, quæ regulariter omnia jura comitatur, hinc argumento alienationis peſſime probatur dominium; (2) *servitutem & reliqua jura esse nostra, qua locutio dominium arguat.* Redeat heic inſtantia; dominium, jus perſonale, eſt noſtrum; ergone in dominio? multum ſcil. intereſt, utrum de re corporali v. gr. ædificio, dicas, *hoc meum est*, an de re incorporali vel jure, illud prædices, nam prior locutio innuit, quod alicui circa rem corporalem jus reale ac plerumque dominium competat, ſed poſterior nihil aliud vult, quam jus â lege eſſe tributum adeoque ſubjecto ſuo illud inhærere, ex quo gratis dominium aliquod juris confingitur, cum nihil niſi *inhærentiam* notat, quæ in omnibus juribus, ipſo etiam dominio, occurrit. (3) *Asseri dominium ususfructus* in *l. 3. si usufr. petat. vid. EKHOLT. de A.R.D.* § 7. ſed aſſeritur etiam *dominium proprietatis l. 15. § 6. 7. l. 17. l. 72. de usufr.* ergone datur dominium dominii? Putidum ineptumque eſt, captare locutiones JCtorum, ſi mille dicerent, dari dominium juris, ego nulli crederem, nam hæc diſquiſitio non autoritatibus, ſed rationibus, â natura ipſarum rerum deſumtis, conficienda eſt. (4) *Res incorporales titulo & traditione acquiri EKHOLT. d. l.* ita etiam acquiritur dominium, hinc, ſi illatio valet, hujus denuo dominium erit aſſerendum! quis non videt titulum & modũ, dominio & aliis juribus realibus eſſe communia, & tam illud, quam hæc iis

 me-

mediantibus acquiri, hinc ex eo, quod v. gr. circa servitutem occurrat titulus & modus, perinde inepte infertur, ergo *servitus est in dominio*, ac quis contenderet, dari *servitutem dominii*, ideò quod hoc consensû & traditione acquiratur. Quod autem vulgo circa ipsam servitutem, traditio vel quasi traditio occurrere creditur, id fundamento caret. Traditur non *servitus*, sed *res serviens*, perinde sicut non dominium, sed res, quæ in dominio esse debet, datur, de quo alibi dicendum erit.

II. Oppugnavit etiam dominium juris, *HUBERUS in posit. ad ff. de A. R. D.* §. 2. *seqq*, cui *Dn. THOMASIUS in not.* respondit. Sed uterque id, de quo vel maximè est controversia, præsupponit, ille scil. *non dari dominium nisi rerum corporalium*, hic *dari etiam dominium proprie sic dictum rerum incorporalium*, atque ex istis deinceps hypothesibus uterque rationes desumit vel confirmat, hinc quando alter ex suo armario tela vibrat, alter eâdem dexteritate, ex suo illa elidit, ut semper incertum maneat, â qua parte stet victoria. Interim rationibus antea datis validius dominium juris oppugnari posse, crediderim.

OBSERV. XXXIII.

Jus ad rem) De speciebus juris ad rem non perinde disputatur, nec immeritò, nam licet jus personale vel ex contractibus vel delictis vel etiam immediate ex lege oriatur, ejusdem tamen ubique effectus est, ut species ideo diversas comminisci nihil attineat. Velut relatû, *juri ad rem*, respondet *obligatio specialis* ex contractibꝰ & delictis regulariter descendens, sed in jure Romano, jus ad rem & obligatio utplurimum synonymice accipiuntur. Juri reali respondet *obligatio genera-*

ra-

ralis, ex absoluto juris naturalis præcepto dependens, & omnes possessores afficere apta. Quod igitur *JUSTINIANUS* pronunciat §. *1. J. de action.* jura realia suum exserere effectum contra *illum*, *qui nullo jure nobis obligatus sit*, id de *obligatione speciali* accipiendum est, ceu etiam contextus satis ostendit.

OBSERV. XXXIV.

Res in Lata) In antecessum notari debet habitudo *rerum* in ordine ad *jura* & *personas*, & horum omnium intuitu *Jurisprudentiæ*, evitandis erroribus vulgaribus. Nimirum *res* sunt *objectum jurium*, hæc autem *personis*, velut suo *subjecto* inhærent, hinc propter *jura*, ad *personas*, *res* pertinent. Hæc tria autem conjunctim in Jurisprudentia occurrunt, ea quidem ratione, ut jura, disciplinæ legalis sint *objectum proprium*, personæ & res, *commune*, aut si mavis, illa sunt objectum *formale*, hæ *materiale*, nam in Jurisprudentia personæ & res non aliter considerantur, quam quatenus de jure est quæstio, hinc etiam nunquam sine hoc spectari possunt.

2. Ex his sequitur (1) malè jura, sub nomine rerum incorporalium, ad classem rerum transferri, nam hac docendi ratione jus fit objectum sui ipsius, aut fit Jurisprudentiæ objectum formale & materiale, seu commune & proprium, quod absurdum; (2) perperam jura, personas & res separari in disciplina legali, indissolubilis enim nexus inter ea est, nam si jus tollis, personæ & res non amplius sunt considerationis juridicæ. Interim duplex ille error est maximè vulgaris, aliorum verò errorum feracissimus, nam ex iis propullulavit dominium, traditio, possessio, præscriptio, emtio, locatio, vindicatio rerum incorporalium, aut in

genere omnia illa dogmata, quibus de rebus incorporalibus asseritur, quod de corporalibus prædicari solet, inde enata sunt, qua de re in locis specialibus distinctius videndum erit. Porro exinde orta est methodus analytica, quam vocant, juxta quam disciplina juris, ab imperitis torqueri solet. Non magna errorum antea notatorum habetur ratio, quia in foro, ubi particularia tractantur, causidicis haut obsunt, sed debent etiam fundamenta artis rite excoli, cum valde ignominiosum sit, si illi, qui Jurisprudentiam profitentur, ac splendido sæpe JCti titulo superbiunt, in primis velut principiis errent, erroremque per omnes Jurisprudentiæ partes latè circumferant.

3. De cætero sub nomine rerum, quæ jurium objecta sunt, continentur (1) res *physica*, ut bestiæ, metalla, arbores &c. (2) *artificiales*, ut ædificia, supellex, (3) *facta*, ad quæ præstanda homines obstringi solent, imo (4) aliquo modo *persona*, nimirum mancipia, homines proprii, & liberi, quos pro ratione ætatis ac conditionis, ad exemplum aliarum rerum, vindicare possunt Parentes. Solent autem res vel ab *habitu suo naturali*, vel à *respectu morali* seu *intuitu jurium, qua de iis competunt*, dividi & denominari, quales divisiones Autor subjicit.

OBSERV. XXXV.

Divini juris) Dependet hæc divisio à respectu morali, ei autem parum sani inest. Omnes res divini juris, quas vocant, sunt in dominio, *res sacra* in dominio Ecclesiæ Parochialis, quod vel inde liquet, quod earum proprietas certis casibus in alios transferri queat, ergo præexistere debet; *res religiosa* olim in dominio privatorum, hodie itidem Ecclesiæ Parochia-

chialis: *sancta* verò, in dominio vel Reipublicæ, vel aliquando, aut saltem certo respectu, alicujus municipii. Qualitas autem sacra, religiositas, & sanctitas, quæ ex consecratione, iis rebus inhærere creditur, sunt ethnica & papalia commenta ac nomina inania. Dominium verò rerum sacrarum humanum, ideo Clerus ethnicus & papalis negavit, quo eo securius illas res invadere, reipublicæ subtrahere ac otio & luxu consumere posset, non debebant igitur Scriptores protestantes, illa ethnica & papalia inventa, tam secure recensere. *add. CONRING. ad Bull. Innocentii X. c.8.*

OBSERV. XXXVI.

Res humani juris) tales etiam sunt, quas *AUTOR* ex vulgari præjudicio, dixit *divini juris*, ceu ex *obs. prac.* liquet. Quemadmodum igitur membra principalia coincidunt, adeoque divisio in limine statim impingit, ita ea, quæ sub altero membro principali *AUTOR* proponit, falsis conceptibus ubique fere scatent. Sub nomine *rerum communium* confundit res nullius, quæ alicujus fieri possunt, quales sunt feræ bestiæ, lapilli, gemmæ, & quæ, ex mente Romanorum, nunquam alicujus dominium subeunt, ut mare cæteraque. Ita agit contra mentem Romanorum, postea cum his fallitur, quando res memoratas in civitate putat esse *nullius*, cum potius originariè pertineant ad *Rempublicam*, si mare à terris valde remotum excipias, quod nullius est. Ulterius *publicas in specie* male æstimat ex *usu promiscuo*, cum potius sint illæ, quarum dominium pertinet ad Rempublicam, hinc hujus quoque est definire, penes quem usus earum esse debeat. Tertio frustra excogitavit *AUTOR res publicas jure civili*, nam sub hac notione comprehendit eas, quæ vel ad

ad civitatem pertinent, de quibus jam in effectu dictum erat, vel res Universitatis, hæ verò privatæ sunt, & *AUTOR* novo errore in his definiendis, Reipublicæ fecit mentionem. Denique *res privatæ* perperam ex *dominio actuali* æstimantur, cum ad eandem quoque classem, tam juxta rei veritatem quàm Romanorum sententiam, pertineant res, quæ nullius quidem sunt, occupatione tamen acquiri possunt, has vero *AUTOREM* hîc exclusisse inde liquet, quod eas ad res communes retulerit.

2. Si mihi res à *respectu morali* distinguendæ essent, ita incederem: Res sunt vel *extra patrimonium*, quæ neque in dominio hominum sunt, neque esse possunt, usus vero omnibus patet, quo spectat mare, quatenus à terris valde remotum est, vel *in patrimonio*, circa quas homines certum jus habent vel habere possunt. Sunt igitur tales vel *potentiâ* ut res nullius, scil. derelictæ, & alicubi, thesaurus, vel *actu*, hæ à diversitate (1) *juris* sunt *propriæ*, *oppignoratæ*, *servientes*, *debitæ*, *hæreditariæ*, & si quæ aliæ ejus generis forte occurrunt. (2) *domini*, *publicæ*, quæ ad rempublicam pertinent, ut res fisci, mare, portus, flumina, viæ publicæ, feræ bestiæ, & in specie Romanorum res sanctæ, quatenus pro fortalitiis urbis accipiuntur, de quibus egi pluribus in *specim.* jur. public. *l 3. c. 3.* & *privatæ*, hæ sunt vel *singulorum* vel *communes*, ut hæreditas communis, vel *Universitatis*, quæ ad cœtum dependentem spectant, quorsum etiam in specie referendæ, res sacræ & religiosæ juxta *observat. 35.* (3) *intentionis dominicæ & legalis*, vel *mobiles* vel *immobiles*. Regulariter quidem hoc discrimen ab *habitu rerum naturali* est, nonnunquam tamen etiam à *legibus* oritur. Ex quibus etiam

liquet,

liquet, quòd res in patrimonio, cum fundamenta discriminum allatorum subinde varient, diversas etiam denominationes recipiant, sic eadem res v. gr. nunc *publica*, nunc *singulorum*, nunc *universitatis* esse potest.

OBSERV. XXXVII.

Res corporales) Absurda etiam est hæc divisio, qua res, ut *objectum Juris*, suppositæ (quod *AUTOR* omnino facit, qui primo de *jure rerum*, postea de *rebus* agere voluit) in *corporales* & *incorporales* distinguuntur, hæ enim sunt ipsum jus, quod ipse *AUTOR* diffiteri nequit, ergo, si Diis placet, *Juris objectum* sunt *res corporales* & *jus ipsum*, quæ omnia ostendunt, quantopere vulgo quoad res incorporales (quæ tamen proprium Jurisprudentiæ objectum sunt, adeoque intimè ab iis, qui huic studio operam dant, intelligi debebant) recte cognoscendas deficiant, negligentia certè pudenda.

OBSERV. XXXVIII.

Proprie enim talia non sunt) Sic est, res incorporales à corporalibus toto genere differunt, sunt scil. res morales, adeoque cum corpus non habeant, neque mobiles neque immobiles dici possunt. Interim cum jura seu res incorporales de rebus corporalibus, mobilibus & immobilibus, tribuantur, hinc necessariò cum his concurrunt, adeo ut non detur casus, quin semper res incorporalis & corporalis (modo sub hac etiam factum admittas, ceu admonitum *observ. 34. n. 3.*) simul adsit, quod tamen vulgò non credunt, dum sæpe rem incorporalem corporali, velut rei ejusdem generis, opponunt, illamque ut peculiare juris objectum considerant, quem errorem jam *d. observ. 34. n. 2.* & *observ.*

serv.37. notavimus. Poterat quidem objici, *ſæpe hæredem inſtitui alium in mobilibus, immobilibus & nominibus ſeu rebus incorporalibus, adeoque oppoſitionem harum rerum eſſe manifeſtam.* Verum ubique eſt concurſus, illi enim & iſti dantur *res mobiles & immobiles præſentes cum ſuis juribus*, huic vero *nomina* i. e. *jura cum objectis ſuis ſeu rebus mobilibus aut immobilibus abſentibus, & extra defuncti poſſeſſionem conſtitutis.*

LIB. II. TIT. I.

DE JURISDICTIONE.

OBSERV. XXXIX.

JUriſdictio hic eſt publica juris dicendi poteſtas) Juriſdictio pro jure ſuppoſita, ſumitur vel *eminenter* pro parte imperii civilis, vel *formaliter* pro jure dependente Magiſtratibus ſubordinatis conceſſo. Cum igitur hoc jus ab Imperantis conceſſione dependeat, hinc manifeſtum eſt, quod in juriſdictione dijudicanda primariò ad ſtatum cujusvis Reipublicæ ſit reſpiciendum ac inde illius indoles judicanda. Interim ita eſt, quod nonnulla omnibus civitatibus ſint communia, nonnulla verò huic aut illi propria, hinc doctrina juriſdictionis, quæ intuitu certæ alicujus Reipublicæ confecta eſt, aliquando ad aliam civitatem quadrat, aliquando non. Ex quibus liquet, quam abſurdum ſit, quod in Germania in tradenda juriſdictione Jus Romanũ & Canonicum, Monarchiam & Papatum præſupponentia, fundamenti loco ſupponatur, quamvis error ille, ideò quod nonnulla ad Germaniam quadrent, non adeo omnibus appareat.

2. De cætero, vel ipſo nomine ſubmonente, Juris-

di-

dictio *in applicatione legum ad facta evenientia* consistit, cui simplicitati si etiam inhæreatur, non adeo difficiles controversiæ circa eam oriri poterunt, sed fere non aliæ, quam voluntatis quæstiones, occurrent, quas attenta consideratio facile discutiet. Romanorum doctrina triplici præcipue præsupposito, minime quidem necessario, nititur, ex quo omnis hic locus ineptiis difficilibus oppletus est. Scilicet in determinanda jurisdictione attendi voluerunt Romani (1) *modum concedendi*, dum concessionem legis specialem removerunt, (2) *objectum*, quare ad criminalia jurisdictio non pertinet, imo (3) in ipsa *jurisdictione stricte supposita*, facultatem *judicandi* & *exequendi* diversis distinxere nominibus, dum illam *jurisdictionem* sensu strictissimo, hanc *mixtum imperium* vocarunt. Interim dum omnes istas hypotheses constanter non tenuerunt, aut forte eodem modo terminis non sunt usi, hinc tot controversiæ enatæ sunt, in quibus evolvendis & enucleandis consenuisse, multis gloriosum videtur. Si tamen verum fateri licet, in meram pedanteriam, seu vanam scientiam, omnis illa concertatio desinit, inprimis autem putidum est, contendere, utrum aliqua potestas ad jurisdictionem, an mixtum imperium pertineat, cum enim hæc duo necessario & semper cohæreant, ideo non quæritur, an potestas alicui competat? hoc enim certum, sed quo nomine saltem otiosus legulejus eam insignire debeat? quæ perinde absurda est disquisitio, ac si, accepto thalero, disquirere anxie velis, num in arca dextrum an sinistrum latus ille occupaverit.

3. In Germania tricæ Romanæ semper displicuerunt, ac Jurisdictio neglectis captiosis restrictionibus, late sup-

quæ ad contractus, testamenta, delicta ejusque generis alia, & *criminalem*, quæ ad crimina pertinet, hæc divisio pro generali quoque haberi potest, nam etiam Ecclesiastica Jurisdictio suo modo criminalis est. Illa (Civilis) est vel *voluntaria* vel *contentiosa*, quæ divisio in vita civili inutilis imò noxia est, cum enim sæpe non satis liquidum sit, utrum actus aliquis ad voluntariam an contentiosam jurisdictionem spectet, hinc sæpe eo nomine dubia & lites oriuntur, quæ cessarent, si quicquid judicialiter expediendum venit, subditi coram competente judice suscipere juberentur.

OBSERV. XL.

Hodie utilis tantum albi corrupti actio competit) Quia in Germania jus puniendi à Romanis non est, præterea determinationem pœnæ Romanam hic non sequimur, hinc actio de albo corrupto Romana nullum plane habet usum, quod de omnibus actionibus utilibus ex Jure Romano deductis dicendum, adeoq; semel admonuisse sufficiat. Nimis leguleja persuasio est, qua ea, quæ principiis omnium gentium communibus, vel nonnullarum propriis nituntur, subsistere non posse existimantur, nisi ex Jure Romano simul deducantur.

TIT. II.

QUOD QUISQUE JURIS &c.

OBSERV. XLI.

DE hodierno usu) Nullus esse videtur, nam nostris Magistratibus nihil Juris Nomothetici est relictũ, sicut olim Romanis, hinc sub specie recti non tam facile alios lædere possunt. Quodsi autem iniqua legum applicatione aliis graves sint, tum & remedio ap-

C pel-

pellationis similibusque iniquitas potest depelli, &, si Magistratus omnino puniendus esse censeatur, tum satius est, ejus delictum debita pœna statim afficere, quam casum exercendæ talionis, in seculo forte vix extiturum, otiose expectare.

2. Qui autem jus Talionis in genere hoc titulo niti, ac adeo maximum ejus usum esse, sibi persuadent, illi corrupta ratiocinia eo ipso satis produnt, dum ex applicatione Romanorum speciali, veritatem principiorum generalium, ac omnibus gentibus communium, male repetunt. Jus Talionis naturale est, ac sine adminiculo hujus Tituli, per rectam rationem facile intelligitur.

3. Nimirum si pluribus jura æqualia sive *natura* sive *lege* sive *pacto* competant, tum uno plus justo, sibi arrogante, cæteris quoque idem licere, quivis recta ratione præditus, facilè intelligit. Quod si autem illæ circumstantiæ aliter se habeant, tum etiam talio naturaliter cessabit. Fac *jura non esse æqualia*, retorsio locum non habebit, hinc si servus jussu Domini, calceos ejus purgaverit, à domino idem ministerium male exiget. Amplius *si quis cum effectu plus justo sibi non arrogaverit*, talio quoque naturaliter cessabit, jus tamen positivum etiam conatum retorsione punire potest, sicut hoc revera quoad Romanos in hoc *Titulo* contingebat, id tamen velut extraordinarium, in aliis casibus non obtinere, plane existimem. Ulterius *si quis cum effectu quidem plus justo sibi afferat, sed intuitu certæ personæ*, tum aliis retorquere non licet, quamvis jus positivum hanc facultatem iis concedere possit, ceu itidem in hoc *titulo* factum, quod tamen ad alios casus non recte extendi, itidem arbitrer. Denique *uno*

excedente, contra alium non posse retorqueri, facile liquet, hæc enim non talio, sed nova foret injuria. Pone Dominum Pontificium subditis Evangelicis honestam negare sepulturam, ideo Domini Evangelici seu Protestantes suis subditiis pontificis eandem non recte negabunt, hi enim nihil peccarunt. Vel finge Gallos urbem obsidentes, contra datam fidem, milites præsidiarios exeuntes trucidare, num in casu converso, alios Gallos quoque occidere licebit? haut puto. Detentio tamen similiaque remedia his casibus non inique adhibentur, ut per ea, quantum fieri potest, ipse delinquens ad satisfactionem urgeatur & adigatur.

4. Atque ex his principiis quæstiones speciales facile deciduntur. V. gr. si civitas aliis commoda ratione successionis neget, vel civibꝰ emigraturis aliquid detrahat, aut exteris usuras solvi prohibeat, *vid. EKH. h.* §. *8. 9.* tum illi, in quorum præjudicium hoc fit, talione recte utuntur, nam omnia exercendæ retorsionis requisita, modo allata, locum habent. In modo tamen sæpe exceditur, dum ob lucrum modicum negatum, aut illatam læsionem non adeo gravem, quidvis in alterum licere existimatur. Nimirum socialitas inter homines aliàs friget, quod si adeo quis aliquo excessu in specie, aliorum odium provocet, tum facilè pro hoste, erga quem quidvis statui queat, habetur. Interim sæpe generosius est, alterius iniquitatem non talione, sed humanitate pensare.

5. Contra eum, qui inducias moratorias à Principe obtinuit, eodem privilegio uti posse ejus debitores, censet *CARPZOV. p. 3. C. 38. D. 1. n. 17.* sed id falsum esse non dubitem, neque enim heic *jura sunt æqualia*, sed Imperans potius debitori obærato sin-

gulare jus contulit, idque eo potissimum fine, ut tempore induciarum vires recolligere seu pecuniam, Creditoribus aliquando exsolvendam, comparare queat, quæ intentio talionem satis excludit. Nec obstat *l. 7. C. de rescind. vendit.* in qua militibus venditiones à se factas rescindi postulantibus, Imperatores rescribunt: *Ratas manere semper factas jure venditiones, vestra etiam interest, nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur, eveniet, ut si quid vos laboribus vestris, à fisco nostro vel privato comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis*, nam jactata talio heic saltem prætextus est, eludendæ importunæ petitioni adhibitus, sed posito, quod vera illa Imperatorum fuerit sententia, nihil aliud inde sequitur, quam quod aliquando contra privilegia talio locum habeat, non autem quod semper & necessariò obtinere debeat, nec enim, si talionem istis Imperatoribus admittere visum est, ideo isti decreto omnes Imperantes alii subsunt, cum à legibus humanis Imperium civile eos absolvat.

6. Magistratum inique judicantem ac v. gr. usucapionem legitime completam improbantem, eodem jure uti debere putat *EKHOLT h. §. 2.* sed cum læsus appellatione similibusque remediis sibi prospicere queat, ideo, iis omissis, in læsionem consentire censetur, solum autem conatum judicis talione esse puniendum non putem, cum dispositio Romanorum sit singularis, ad iniquam potius *legislationem*, quam *applicationem* pertinens, hinc non temere extendenda, ceu *n. 3.* dixi. Denique si Magistratus pœna omnino dignus censetur, satius erit, illum statim punire, quam casum exercendæ talionis non temere exstiturum frustra expectare.

7. Idem

7. Idem dicendum de Doctore Juris, quem male consulentem eodem jure uti debere, vulgo quoque volunt, *vid. EKHOLT.d.l.* §.7. nam quid opus est expectare casum suscipiendæ talionis, sicut in fabulis *rusticus expectat, dum defluat amnis?* cur non potius Doctor ejusmodi damni restitutioni & pœnæ statim subjicitur? Non advertunt sane, qui ista docent, quod talio ubique locum non habeat, & videtur in his & similibus casibus ei perinde locus non esse, atque adulter talione non recte punitur, qua de re alias latius disseruit *PUFENDORF. de J. N. & G. l. 8. c. 3.* §. 27.

TIT. III.

SI QUIS JUS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

OBSERV. XLII.

Hodie hac actio locum habet in omnibus Magistratibus) Imo plane non habet amplius locum, nam specialis contumacia, quæ hic consideratur, quamque latius explicare voluit *P. THEODORIC. in Colleg. crim. c. 3. aph. 2. n. 4. seqq.* hodie sub illa forma non amplius occurrit, hinc nec ratio puniendi usum habet. Quod autem in judiciis committi solita, ac in varias formas se componens, contumacia hodie puniatur, ad id nihil confert hic *Titulus*. Perpendat quis: contumacia à malitiosa hominum voluntate dependet; jus puniendi cuivis Reipublicæ competit: Ab hac Magistratibus delegatur; modus coërcendi contumaciam legibus processualibus definitur. Quid ergo præstat Jus Romanum?

TIT. IV.
DE IN JUS VOCANDO.
OBSERV. XLIII.

IN jus vocatio) Citationem esse actum in processu juris omnib9 Gentibus usitatum, ac adeo nec ipsam, nec ejus cognitionem Romanis deberi, facile liquet. Ejus autem expediendæ in universum duplex est ratio, fit enim vel autoritate *privata*, quod olim Romanis probabatur, sed nullius hodie est usus, fatente *AUTORE* ipso *lit. D. Q. seq.* hinc tota hujus rei tractatio, ac in specie, an in jus vocatio sit pars judicii, *vid. EKHOLT. h. §. 1.* an fuerit violenta, *vid. BACHOV. in Prot. h. HAHN ad Wesenbec. h.* similiaque ad Jurisprudentiam curiosam an otiosam? pertinent; vel *publica*, quæ ratio uti indoli civitatum magis convenit, ita in Germania quoque observatur.

2. Hoc igitur respectu, tam de citatione in genere, quam de variis ejus speciebus, de quo *AUTOR lit. D.†.* agit, conceptus potius formare debemus ex statu Germaniæ ac legibus patriis, quam placitis Romanorum. Præterea totus citationis actus partim *æquitate*, partim *statu Reipublicæ*, partim *prudentia*, partim *legibus positivis* dirigitur, quo ultimo respectu, legibus Romanis in subsidium erit locus.

3. In specie citationem requirit Jus *lit. C.* non Romanum præcise, sed naturale, manifesta enim erit iniquitas contra non citatum & auditum procedere. Decernit eam judex competens *D. lit. C.* hoc enim ex natura imperii fluit, competentia autem ex statu Reipublicæ æstimanda est. Petit eam Pars *P. lit. C.* juxta communem mortalium effectum. Exequitur mini-

miniſter publicus *d. lit. C.* quod itidem ex natura imperii civilis fluit. Circa hoc igitur citationis caput, Romanis nihil debetur.

4. Quoad Perſonas citandas, de quibus *lit. P.* hoc naturale vel juris Gentium eſt, ut omnes, quorum intereſt, ita citentur, quo ſe ad inſtantiam præparare queant. Leges autem poſitivæ varia, quoad citationis certitudinem, perſonas acceſſorias, aut quæ legitimam ſtandi perſonam non habent, diſponere ſolent, quas ex peculiaribus Ordinationibus proceſſualibus rectius quam jure Romano didiceris. *conf. Dn. BERGER. reſolut. b.*

5. Modum concipiendi & inſinuandi citationem, de quo *lit. Q.* potiſſimum leges poſitivæ præſcribunt, circa quod caput iterum potiores partes habent ordinationes Provinciarum ſpeciales. Effectus citationis principalis eſt, quod citatus comparere debeat, de quo *lit. F.* quæ quidem neceſſitas ultimatò ex ſubjectione oritur adeoque naturalis eſt. Cæteri effectus, de quibus *lit. E.* ſunt ex jure poſitivo & hactenus juris Romani aliquis erit uſus, *conf. BERGER. Reſolut. h.* niſi quod hodie citatio actiones temporales etiam perpetuas ſeu in hæredes tranſitorias efficere videatur, *vid. Autor. ad tit. de injur. lit. E.* verb. *actio æſtimatoria.*

TIT. V. VI. VII.

SI QUIS IN JUS VOCATUS &c.

OBSERV. XLIV.

Citatus) Trium horum Titulorum nullum eſſe uſum, ex eo liquet, quod omnes ad in jus vocationem privatam, hodie incognitam, pertineant. Quæ autem

de extenſione ad caſus ſimiles nonnulli dicunt, illa ex falſis hypotheſibus oriuntur. *vid. obſerv. 42.*

TIT. VIII.
QUI SATISDARE COGANT. &c.

OBSERV. XLV.

Cautio) Hæc tripliciter heic ab *AUTORE* conſideratur, (1) generaliter, *lit. D.* † (2) *ſpecialiſſime*, dum cautio judicio ſiſti expenditur verb. *ad cautionem judicio ſiſti*, (3) *ſpecialiter*, dum cautiones circa proceſſum præſtari ſolitæ adducuntur *lit. SS. I. n.*

2. Prima tractatio maximam partem eſt juris gentium, nam (1) ipſe *cautionis* actus mutuo conſenſu abſolvitur, adeoque omnibus gentibus communis eſt, ac ea omnia, quæ circa negotia conſenſualia occurrunt, etiam hic habent locum. Porro (2) *neceſſitas cavendi* in hoc aut illo caſu ex *æquitate* oritur, aliquãdo etiam ex *libera voluntate* dependet cautio. Amplius (3) cavendi modus *libertate* & *prudentia* dirigitur. Interim fatendum eſt, quod hoc & præcedens caput, ſeu *quando* & *quomodo* cavendum ſit, certius definiant leges poſitivæ. Et Jure Romano quidem cautiones per ſolennia ſtipulationum carmina fieri debebant, quæ tamen in Germania generaliter ceſſant, ut alibi dicetur. Præterea certis in caſibus cautionem fidejuſſoriam, pignoratitiam vel nudam exigebat, quo adeo reſpectu ejus aliquis eſt uſus, ſi legibus patriis aliud non ſit cautum. Denique (4) cautionum *effectus* naturalis eſt, nam tam promiſſor principalis, quam fidejuſſores, ſi intervenerunt, fidem datam, ex præſcripto juris naturalis, ſervare debent. Ut adeo cautiones quidem in Germania occurrant, ſed pauca eo nomine debeamus Romanis.

3. Cau-

3. Cautio Judicio sisti, dicebatur olim *Vadimonium*, hinc enatæ locutiones: *vadimonium differre, missum facere, obire, deserere*, de quibus *POLLET. Histor. for. Rom. lib. 5. c. 1. 2. 3.* Vadimonium desertum dicitur *Eremodicium*, quamvis & Actoris absentiam sic dici existimet *BROIDÆUS ad Pollet. histor. d. l. 5. c. 3.* Alii post litem contestatam, Eremodicium contrahi putant, *vid. HUBER. in posit. ad ff. si quis caution. in judic. sistend. caus. fact. n. 7.* sed in hæc alii, quibus lubet, diligentius inquirant, nobis id admonendum est, quod cautio judicio sisti Romana, in Germania non occurrat, cum privatam in jus vocationem præsupponat. Interim quæ de modo cavendi, intuitu hujus cautionis, dixit *AUTOR*, illa aliis in casibus locum habent. *conf. BERGER. resolut. b.*

4. Quando & quomodo in Processu cavendum sit, de quo *AUTOR* tertio agit, id leges positivæ definiunt, ubi quidem potius ad leges patrias, quam Romanas respiciendum esse, ipse *AUTOR* indicat.

Tit. IX. X. XI.

SI EX NOXALI CAUSA AGATUR &c.

Observ. XLVI.

Dominus cavet) Tituli noni nulla est utilitas, quia præsupponit mancipia & actiones noxales, imo etiam in jus vocationem privatam. In titulo 10. traditur obligatio ejus, qui caventem impediit, quo minus, prout promiserat, in judicio se sisteret. Et licet illa maximam partem naturalia sint, attamen in Germania usum non habent, cum casus, ad quem applicanda, amplius non occurrat. Quodsi autem simi-

les exiſtant, tum deciſio ex generali principio, non ex applicatione Romanorum ſpeciali repeti debet. In *titulo 11.* effectus cautionis judicio ſiſti expenditur. Nimirum promiſſor vel comparere vel intereſſe præſtare debet, niſi juſtis ex cauſis impediatur, has enim tacite excipi rationis eſt, niſi forte iis renunciatum. Quæ omnia naturalia iterum ſunt, uſum tamen non habent, quia cautio judicio ſiſti ignoratur. Interim certum manet, quod pacta ſuos habeant effectus, quodque eadem recte interpretari conveniat, ſed horum veritas ex hoc titulo non dependet, *conf. HUBER. poſit. h. n. 3. 4.*

TIT. XII.
DE FERIIS ET DILATIONIB. &c.
OBSERV. XLVII.

FEriæ) Quid Tempus ſit, aliorum eſt explicare, nec videtur hæc explicatio ſatis expedita, utut tempus omnium in ore ſit. Quando verò intuitu temporis leges aliquid diſponunt, dum nimirum neceſſitatem, actus quosdam ſuſcipiendi, remittunt, aut ſuſceptionem certorum actuum prohibent vel jubent, tum tempus cum illa moralitate ſpectatum *Feriarum* nomen ſortitur, *vid. EKHOLT ad ff. h. §. 2.* ac juridicæ eſt conſiderationis.

2. Merum jus naturæ ferias ignorat, ſed hæ omnes à lege poſitiva, divina vel humana dependent. Ex hac igitur, tum quid ſint feriæ, tum quodnam earum initium, aut quæ ſpecies variæ, de quo *AUTOR lit. D.* †. intelligendum eſt, hinc legum Romanarum hic omnino uſus ſubſidiarius erit. In ſpecie circa doctrinam *AUTORIS* obſervandum, quod feriæ ſacræ

vel

vel ita tantum dicantur ratione *Objecti*, quo pertinet definitio *n. 1.* vel ratione *objecti* & *originis* simul, quæ non tantum cultum divinum respiciunt, sed & à Deo sunt ordinatæ, hoc sensu solum Sabbathum, feriarum sacrarum exemplum est. Porro ei, quod *AUTOR* dicit: *ferias messium à magistratu cujusvis loci determinari*, obstat *l. 1. C. de feriis*, & existimat *HILLIG. ad Donell. l. 24. c. 7. lit. p.* dictam legem ad preces solum consultoris pertinere, qui forte talis provinciæ, cujus solo illud tempus conveniret, fuerit incola. Alii ejus authentiam impugnant, cum non *THEODOSIUM*, ceu inscriptio vult, sed *THEODORICUM*, Gothorum Regem, habeat autorem, *vid. STRAUCH. ad Inst. differt. 24. th. 11. BERGER in resolut. h. qv. 3.*

OBSERV. XLVIII.

Ferias constituit Princeps) Sabbathum à Deo est institutum. Cæteræ feriæ, divinæ & humanæ, ab imperante humano constituuntur, id quod ex natura Imperii civilis fluit, ac omnibus Gentibus commune, non præcise Romanum est. Magistratus inferiores jus illud non habere, ex eodem principio intelligitur, nec alia fuit sententia Romanorum, nam *l. 4. C. h. t. l. 7. de offic. Proconf.* non de *introductione* feriarum, sed *determinatione* loquuntur, quo sensu etiam *l. 26. §. 7. ex quib. caus. major.* accipi, vel etiam in ea Imperantis tacita concessio supponi potest.

OBSERV. XLIX.

Diebus sacris) Doctrina *AUTORIS* est accipienda de diebus sacris, secundum excellentiam sic dictis, qui scil. non tantum cultum Dei respiciunt, sed & a Deo sunt instituti. Et est sane quæstio non usque adeo expedita de præcepti illius divini (1) *universalitate* ac

(2) *sen-*

pellationis similibusque iniquitas potest depelli, &, si Magistratus omnino puniendus esse censeatur, tum satius est, ejus delictum debita pœna statim afficere, quam casum exercendæ talionis, in seculo forte vix exstiturum, otiose expectare.

2. Qui autem jus Talionis in genere hoc titulo niti, ac adeo maximum ejus usum esse, sibi persuadent, illi corrupta ratiocinia eo ipso satis produnt, dum ex applicatione Romanorum speciali, veritatem principiorum generalium, ac omnibus gentibus communium, male repetunt. Jus Talionis naturale est, ac sine adminiculo hujus Tituli, per rectam rationem facile intelligitur.

3. Nimirum si pluribus jura æqualia sive *natura* sive *lege* sive *pacto* competant, tum uno plus justo, sibi arrogante, cæteris quoque idem licere, quivis recta ratione præditus, facilè intelligit. Quodsi autem illæ circumstantiæ aliter se habeant, tum etiam talio naturaliter cessabit. Fac *jura non esse æqualia*, retorsio locum non habebit, hinc si servus jussu Domini, calceos ejus purgaverit, à domino idem ministerium male exiget. Amplius *si quis cum effectu plus justo sibi non arrogaverit*, talio quoque naturaliter cessabit, jus tamen positivum etiam conatum retorsione punire potest, sicut hoc revera quoad Romanos in hoc *Titulo* contingebat, id tamen velut extraordinarium, in aliis casibus non obtinere, plane existimem. Ulterius *si quis cum effectu quidem plus justo sibi asserat, sed intuitu certæ personæ*, tum aliis retorquere non licet, quamvis jus positivum hanc facultatem iis concedere possit, ceu itidem in hoc *titulo* factum, quod tamen ad alios casus non recte extendi, itidem arbitrer. Denique *uno*

exce-

excedente, contra alium non posse retorqueri, facile liquet, hæc enim non talio, sed nova foret injuria. Pone Dominum Pontificium subditis Evangelicis honestam negare sepulturam, ideo Domini Evangelici seu Protestantes suis subditiis pontificis eandem non recte negabunt, hi enim nihil peccarunt. Vel finge Gallos urbem obsidentes, contra datam fidem, milites præsidiarios exeuntes trucidare, num in casu converso, alios Gallos quoque occidere licebit? haut puto. Detentio tamen similiaque remedia his casibus non inique adhibentur, ut per ea, quantum fieri potest, ipse delinquens ad satisfactionem urgeatur & adigatur.

4. Atque ex his principiis quæstiones speciales facile deciduntur. V. gr. si civitas aliis commoda ratione successionis neget, vel civibꝰ emigraturis aliquid detrahat, aut exteris usuras solvi prohibeat, *vid. EKH. h. §. 8. 9.* tum illi, in quorum præjudicium hoc fit, talione recte utantur, nam omnia exercendæ retorsionis requisita, modo allata, locum habent. In modo tamen sæpe exceditur, dum ob lucrum modicum negatum, aut illatam læsionem non adeo gravem, quidvis in alterum licere existimatur. Nimirum socialitas inter homines aliàs friget, quodsi adeo quis aliquo excessu in specie, aliorum odium provocet, tum facilè pro hoste, erga quem quidvis statui queat, habetur. Interim sæpe generosius est, alterius iniquitatem non talione, sed humanitate pensare.

5. Contra eum, qui inducias moratorias à Principe obtinuit, eodem privilegio uti posse ejus debitores, censet *CARPZOV. p. 3. C. 38. D. 1. n. 17.* sed id falsum esse non dubitem, neque enim heic *jura sunt æqualia*, sed Imperans potius debitori obærato sin-

gulare jus contulit, idque eo potissimum fine, ut tempore induciarum vires recolligere seu pecuniam, Creditoribus aliquando exsolvendam, comparare queat, quæ intentio talionem satis excludit. Nec obstat *l. 7. C. de rescind. vendit.* in qua militibus venditiones à se factas rescindi postulantibus, Imperatores rescribunt: *Ratas manere semper factas jure venditiones, vestra etiam interest, nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur, eveniet, ut si quid vos laboribus vestris, à fisco nostro vel privato comparaveritis, eadem lege conveniamini, quam vobis tribui postulatis,* nam jactata talio heic saltem prætextus est, eludendæ importunæ petitioni adhibitus, sed posito, quod vera illa Imperatorum fuerit sententia, nihil aliud inde sequitur, quam quod aliquando contra privilegia talio locum habeat, non autem quod semper & necessariò obtinere debeat, nec enim, si talionem istis Imperatoribus admittere visum est, ideo isti decreto omnes Imperantes alii subsunt, cum à legibus humanis Imperium civile eos absolvat.

6. Magistratum inique judicantem ac v. gr. usucapionem legitime completam improbantem, eodem jure uti debere putat *EKHOLT h. §. 2.* sed cum læsus appellatione similibusque remediis sibi prospicere queat, ideo, iis omissis, in læsionem consentire censetur, solum autem conatum judicis talione esse puniendum non putem, cum dispositio Romanorum sit singularis, ad iniquam potius *legislationem*, quam *applicationem* pertinens, hinc non temere extendenda, ceu *n. 3.* dixi. Denique si Magistratus pœna omnino dignus censetur, satius erit, illum statim punire, quam casum exercendæ talionis non temere exstiturum frustra expectare.

7. Idem

7. Idem dicendum de Doctore Juris, quem male consulentem eodem jure uti debere, vulgo quoque volunt, *vid. EKHOLT.d.l.* §.7. nam quid opus est expectare casum suscipiendæ talionis, sicut in fabulis *rusticus expectat, dum defluat amnis?* cur non potius Doctor ejusmodi damni restitutioni & pœnæ statim subjicitur? Non advertunt sane, qui ista docent, quod talio ubique locum non habeat, & videtur in his & similibus casibus ei perinde locus non esse, atque adulter talione non recte punitur, qua de re alias latius disseruit *PUFENDORF. de J. N. & G. l. 8. c. 3.* §. 27.

Tit. III.

SI QUIS JUS DICENTI NON OBTEMPERAVERIT.

Observ. XLII.

Hodie hac actio locum habet in omnibus Magistratibus) Imo plane non habet amplius locum, nam specialis contumacia, quæ hic consideratur, quamque latius explicare voluit *P. THEODORIC. in Colleg. crim. c. 3. aph. 2. n. 4. seqq.* hodie sub illa forma non amplius occurrit, hinc nec ratio puniendi usum habet. Quod autem in judiciis committi solita, ac in varias formas se componens, contumacia hodie puniatur, ad id nihil confert hic *Titulus*. Perpendat quis: contumacia à malitiosa hominum voluntate dependet; jus puniendi cuivis Reipublicæ competit: Ab hac Magistratibus delegatur; modus coërcendi contumaciam legibus processualibus definitur. Quid ergo præstat Jus Romanum?

TIT. IV.
DE IN JUS VOCANDO.
OBSERV. XLIII.

IN jus vocatio) Citationem esse actum in processu juris omnibꝰGentibus usitatum,ac adeo nec ipsam, nec ejus cognitionem Romanis deberi, facile liquet. Ejus autem expediendæ in universum duplex est ratio, fit enim vel autoritate *privata*, quod olim Romanis probabatur,sed nullius hodie est usus,fatente *AUTORE* ipso *lit. D. ℚ. seq.* hinc tota hujus rei tractatio, ac in specie, an in jus vocatio sit pars judicii, *vid. EKHOLT. h. §. 1.* an fuerit violenta, *vid. BACHOV. in Prot. h. HAHN ad Wesenbec. h.* similiaque ad Jurisprudentiam curiosam an otiosam? pertinent; vel *publica*, quæ ratio uti indoli civitatum magis convenit, ita in Germania quoque observatur.

2. Hoc igitur respectu,tam de citatione in genere, quam de variis ejus speciebus,de quo *AUTOR lit. D.*†. agit,conceptus potius formare debemus ex statu Germaniæ ac legibus patriis, quam placitis Romanorum. Præterea totus citationis actus partim *æquitate*, partim *statu Reipublicæ*, partim *prudentia*, partim *legibus positivis* dirigitur,quo ultimo respectu,legibusRomanis in subsidium erit locus.

3. In specie citationem requirit Jus *lit. C.* non Romanum præcise,sed naturale, manifesta enim erit iniquitas contra non citatum & auditum procedere. Decernit eam judex competens *D. lit. C.* hoc enim ex natura imperii fluit, competentia autem ex statu Reipublicæ æstimanda est. Petit eam Pars *P. lit. C.* juxta communem mortalium effectum. Exequitur mini-

minister publicus *d. lit. C.* quod itidem ex natura imperii civilis fluit. Circa hoc igitur citationis caput, Romanis nihil debetur.

4. Quoad Personas citandas, de quibus *lit. P.* hoc naturale vel juris Gentium est, ut omnes, quorum interest, ita citentur, quo se ad instantiam præparare queant. Leges autem positivæ varia, quoad citationis certitudinem, personas accessorias, aut quæ legitimam standi personam non habent, disponere solent, quas ex peculiaribus Ordinationibus processualibus rectius quam jure Romano didiceris. *conf. Dn. BERGER. resolut. b.*

5. Modum concipiendi & insinuandi citationem, de quo *lit. Q.* potissimum leges positivæ præscribunt, circa quod caput iterum potiores partes habent ordinationes Provinciarum speciales. Effectus citationis principalis est, quod citatus comparere debeat, de quo *lit. F.* quæ quidem necessitas ultimatò ex subjectione oritur adeoque naturalis est. Cæteri effectus, de quibus *lit. E.* sunt ex jure positivo & hactenus juris Romani aliquis erit usus, *conf. BERGER. Resolut. b.* nisi quod hodie citatio actiones temporales etiam perpetuas seu in hæredes transitorias efficere videatur, *vid. Autor. ad tit. de injur. lit. E.* verb. *actio æstimatoria.*

TIT. V. VI. VII.

SI QUIS IN JUS VOCATUS &c.

OBSERV. XLIV.

Citatus) Trium horum Titulorum nullum esse usum, ex eo liquet, quod omnes ad in jus vocationem privatam, hodie incognitam, pertineant. Quæ autem

de extensione ad casus similes nonnulli dicunt, illa ex falsis hypothesibus oriuntur. *vid. observ. 42.*

Tit. VIII.
QUI SATISDARE COGANT. &c.

Observ. XLV.

Cautio) Hæc tripliciter heic ab *AUTORE* considera-tur, (1) generaliter, *lit. D.* † (2) *specialissime*, dum cautio judicio sisti expenditur verb. *ad cautionem judicio sisti*, (3) *specialiter*, dum cautiones circa processum præstari solitæ adducuntur *lit. SS. l. n.*

2. Prima tractatio maximam partem est juris gentium, nam (1) ipse *cautionis* actus mutuo consensu absolvitur, adeoque omnibus gentibus communis est, hinc ea omnia, quæ circa negotia consensualia occurrunt, etiam hic habent locum. Porro (2) *necessitas cavendi* in hoc aut illo casu ex *æquitate* oritur, aliquãdo etiam ex *libera voluntate* dependet cautio. Amplius (3) cavendi modus *libertate* & *prudentia* dirigitur. Interim fatendum est, quod hoc & præcedens caput, seu *quando* & *quomodo* cavendum sit, certius definiant leges positivæ. Et Jure Romano quidem cautiones per solennia stipulationum carmina fieri debebant, quæ tamen in Germania generaliter cessant, ut alibi dicetur. Præterea certis in casibus cautionem fidejussoriam, pignoratitiam vel nudam exigebat, quo adeo respectu ejus aliquis est usus, si legibus patriis aliud non sit cautum. Denique (4) cautionum *effectus* naturalis est, nam tam promissor principalis, quam fidejussores, si intervenerunt, fidem datam, ex præscripto juris naturalis, servare debent. Ut adeo cautiones quidem in Germania occurrant, sed pauca eo nomine debeamus Romanis.

3. Cau-

3. Cautio Judicio sisti, dicebatur olim *Vadimonium*, hinc enatæ locutiones: *vadimonium differre, missum facere, obire, deserere*, de quibus *POLLET. Histor. for. Rom. lib. 5. c. 1. 2. 3.* Vadimonium desertum dicitur *Eremodicium*, quamvis & Actoris absentiam sic dici existimet *BROIDÆUS ad Pollet. histor. d. l. 5. c. 3.* Alii post litem contestatam, Eremodicium contrahi putant, *vid. HUBER. in posit. ad ff. si quis caution. in judic. sistend. caus. fact. n. 7.* sed in hæc alii, quibus lubet, diligentius inquirant, nobis id admonendum est, quod cautio judicio sisti Romana, in Germania non occurrat, cum privatam in jus vocationem præsupponat. Interim quæ de modo cavendi, intuitu hujus cautionis, dixit *AUTOR*, illa aliis in casibus locum habent. *conf. BERGER. resolut. b.*

4. Quando & quomodo in Processu cavendum sit, de quo *AUTOR* tertio agit, id leges positivæ definiunt, ubi quidem potius ad leges patrias, quam Romanas respiciendum esse, ipse *AUTOR* indicat.

TIT. IX. X. XI.
SI EX NOXALI CAUSA AGATUR &c.

OBSERV. XLVI.

Dominus cavet) Tituli noni nulla est utilitas, quia præsupponit mancipia & actiones noxales, imo etiam in jus vocationem privatam. In titulo 10. traditur obligatio ejus, qui caventem impediit, quo minus, prout promiserat, in judicio se sisteret. Et licet illa maximam partem naturalia sint, attamen in Germania usum non habent, cum casus, ad quem applicanda, amplius non occurrat. Quodsi autem simi-

les existant, tum decisio ex generali principio, non ex applicatione Romanorum speciali repeti debet. In *titulo 11.* effectus cautionis judicio sisti expenditur. Nimirum promissor vel comparere vel interesse præstare debet, nisi justis ex causis impediatur, has enim tacite excipi rationis est, nisi forte iis renunciatum. Quæ omnia naturalia iterum sunt, usum tamen non habent, quia cautio judicio sisti ignoratur. Interim certum manet, quod pacta suos habeant effectus, quodque eadem recte interpretari conveniat, sed horum veritas ex hoc titulo non dependet, *conf. HUBER. posit. h. n. 3. 4.*

TIT. XII.
DE FERIIS ET DILATIONIB. &c.
OBSERV. XLVII.

FEriæ) Quid Tempus sit, aliorum est explicare, nec videtur hæc explicatio satis expedita, utut tempus omnium in ore sit. Quando verò intuitu temporis leges aliquid disponunt, dum nimirum necessitatem, actus quosdam suscipiendi, remittunt, aut susceptionem certorum actuum prohibent vel jubent, tum tempus cum illa moralitate spectatum *Feriarum* nomen sortitur, *vid. EKHOLT ad ff. h. §. 2.* ac juridicæ est considerationis.

2. Merum jus naturæ ferias ignorat, sed hæ omnes à lege positiva, divina vel humana dependent. Ex hac igitur, tum quid sint feriæ, tum quodnam earum initium, aut quæ species variæ, de quo *AUTOR lit. D. †.* intelligendum est, hinc legum Romanarum hic omnino usus subsidiarius erit. In specie circa doctrinam *AUTORIS* observandum, quod feriæ sacræ vel

vel ita tantum dicantur ratione *Objecti*, quo pertinet definitio *n. 1.* vel ratione *objecti* & *originis* ſimul, quæ non tantum cultum divinum reſpiciunt, ſed & à Deo ſunt ordinatæ, hoc ſenſu ſolum Sabbathum, feriarum ſacrarum exemplum eſt. Porro ei, quod *AUTOR* dicit: *ferias meſſium à magiſtratu cujusvis loci determinari*, obſtat *l. 2. C. de feriis*, & exiſtimat *HILLIG. ad Donell. l. 24. c. 7. lit. p.* dictam legem ad preces ſolum conſultoris pertinere, qui forte talis provinciæ, cujus ſolo illud tempus conveniret, fuerit incola. Alii ejus authentiam impugnant, cum non *THEODOSIUM*, ceu inſcriptio vult, ſed *THEODORICUM*, Gothorum Regem, habeat autorem, *vid. STRAUCH. ad Inſt. diſſert. 24. th. 11. BERGER in reſolut. h. qv. 3.*

OBSERV. XLVIII.

Ferias conſtituit Princeps) Sabbathum à Deo eſt inſtitutum. Cæteræ feriæ, divinæ & humanæ, ab imperante humano conſtituuntur, id quod ex natura Imperii civilis fluit, ac omnibus Gentibus commune, non præciſe Romanum eſt. Magiſtratus inferiores jus illud non habere, ex eodem principio intelligitur, nec alia fuit ſententia Romanorum, nam *l. 4. C. h. t. l. 7. de offic. Proconſ.* non de *introductione* feriarum, ſed *determinatione* loquuntur, quo ſenſu etiam *l. 26. §. 7. ex quib. cauſ. major.* accipi, vel etiam in ea Imperantis tacita conceſſio ſupponi poteſt.

OBSERV. XLIX.

Diebus ſacris) Doctrina *AUTORIS* eſt accipienda de diebus ſacris, ſecundum excellentiam ſic dictis, qui ſcil. non tantum cultum Dei reſpiciunt, ſed & a Deo ſunt inſtituti. Et eſt ſane quæſtio non usque adeo expedita de præcepti illius divini (1) *univerſalitate* ac

(2) *ſen-*

(2) *ſenſu*, de quo late *SELDEN. de J.N.G juxta diſcipl. Ebraor. 13. c. 8. ſeqq. add. CUNÆ de Republ. Ebraor. 12. c. 22. 24. ZIEGL. ad Grot. l. 1. §. 17. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 1. membr. 1. §. 1.* Quid *AUTORI hic* videatur, *lit. E.* ediſſerere voluit. Ego illud tantum adjicio, ſententiam remiſſiorem, cui *CARPZOV.* indulget, à *BRUNNEMANNO* ideo notatus, non adeo videri improbandam, *vid.* Geneſ. *II, 3.* Exod. *XX, 8. XXIII, 12. XXXI, 13. XXXV, 2. 3.* Levit. *XXIII, 3.* Num. *XXVIII, 25.* Devt. *V, 12.* In ſpecie quæritur: *an diebus dominicis Status imperii, in ſuo territorio, vias publicas exteris mercatoribus & aurigis occludere, eosdemque hoc medio ab ſabbathum ſanctificandum permovere queat?* quod in *noviſſim. Volum. Reſponſor. Argentorat.* ſtudio *SCHILTERI 1701. publicato*, negative *Reſponſ. 5.* deciditur, eam præcipue ob cauſam, *quod talis prohibitio colliſioni & bellis anſam prabere poſſit, nec praceptum de ſabbatho ſanctificando, tam rigidum videatur, ut neceſſaria peregrinatio ob illud omittenda ſit.* Cæterum uti poſterior ratio ſaltem oſtendit, quod fieri queat, prior autem, quid factu conſultum ſit; ita ſi vim Superioritatis territorialis ſpectes, quæſtio affirmari poſſe videtur.

2. Quodſi autem feriæ ſaltem ratione objecti ſacræ ſint, tum Imperanti humano ſubjacent, adeoque ex hujus voluntate judicandum, quid in iis fieri aut omitti debeat. Dubium igitur non eſt, quin in illis citatio emitti ac inſinuari queat, imo revera ita juris eſſe, regulariter dicendum, nam *l. fin. C. de fer.* loquitur de *die dominico*, hinc quoad cæteras ferias licentia erit aſſerenda. *add. THOMAS. in not. ad Strauch. diſſert. 24. §. 11.*

Ob-

OBSERV. L.

Feriis etiam humanis) Quid in feriis humanis liceat, nec ne, illud omne ex legibus humanis dependet. In specie *AUTOR* recte docet (1) processum esse nullum in die feriato, invita parte, peractum, licet dies ratione unius tantum sit feriatus, licet enim *EKHOLT h.* §. 5. putet, *usum loci judicii* esse respiciendum, attamen ex *partium consideratione* hoc decidi debere, alii rectius censent. *vid. THOMAS. d. l.* (2) quod privati feriis necessariis renunciare queant, repentinis & honorariis non item, nam illæ lege *permittente*, hæ *obligante* sunt introductæ.

OBSERV. LI.

Dilatio) Est res omnibus gentibus communis nec à Romanis repetenda. Eam verò *AUTOR* non satis perspicuè declarat. Malim sic dicere. Dilatio sumitur vel pro *tempore*, & est *certum temporis spatium, ad aliquid in judicio peragendum, concessum*, vel pro *actu*, & est *spatii memorati concessio*. Quod si quis tempore nondum elapso, novum spatium petat, tum & hujus concessio est dilatio, ratione verò dilationis præcedentis dicitur *Prorogatio*, quia illa velut extenditur. Ex quibus liquet, prorogationem non esse peculiarem actum, dilationi contradistinctum, sed potius sequentem dilationem, ratione præcedentis, saltem sic dici. Dilationum autem Varietas, quam *AUTOR* quoque indicat, ab indole processus, in Provincia usitati, oritur.

2. Officium Judicis in concedenda dilatione æquitate dirigitur. Debet scil. ita se gerere, ut neutri parti gravis sit. Cum autem vinculum illud sit paulo laxius, ideo Jus Romanū magis illa definivit, numerum dila-

tio-

tionum præscribendo, *lit. C. Q. Conf. BERGER. h. qv. 4. THOMAS. ad Strauch. dissert. 24. §. 10.* sed illa moribus non observari, fatetur *AUTOR.*

TIT. XIII.
DE EDENDO.

OBSERV. LII.

Actionis libellus) Illud manifestum est, quod apud omnes Gentes libellus actionis in usu sit, cum in statu civili, privatis jus suum propria autoritate sibi asserere non liceat, hinc utique coram Judice competente desiderium suum contra adversarium proponere debent, quo ipso libellus existit. Hinc quid sit, de quo *lit. D. D.* communi ratione intelligitur. Porro varietas libelli, de qua *sign.* †. à diversitate Processus, in aliqua regione usitati, oritur.

OBSERV. LII.

Partes libelli) Confectio libelli, quam *AUTOR* hic & *lit. D.* declarat, dependet partim à *libertate*, hæc circa quemvis actum regulariter aliquas partes habet, partim à *prudentia*, hæc quippe exigit, ut actor libellum apte concipiat, quo finem intentum consequatur, aliàs enim suæ imprudentiæ hanc luet pœnam, ut non tantum scopo suo excidat, sed & impensas perdat, ad easque adversario restituendas quandoq; condemnetur, partim à *lege positiva*, hæc enim circa conceptionem, oblationem, mutationem actionum, uno libello proponendarum, numerum, aliaque hujus generis capita, varia disponere solet, *vid. BERGER. resolut. h.* ubi quidem magis ad ordinationes processuales cujusvis judicii, quam jus Romanum esse respiciendum, facile liquet, ut plane putem, leges Romanas non nisi con-

contorte huc trahi. Forte etiam in concipiendo libello aliquas habet partes *Imprudentia*, quo referrem omnes libelli *clausulas voluntarias*, hæ enim nullam habeat utilitatem, ut putem Advocatum eo ineptiorem esse censendum, quo magis clausulis ejusmodi abundat, brevitatem è contrario in eodem prudentiam arguere. In genere autem hoc liquet, quod quoad libellum nihil Romanis debeamus.

OBSERV. LIII.

Utile interdum est etiam remotam adjicere) Utilitas in eo consistere censetur, quod si rem vindicem ex domino v. gr. per emtionem quæsito (ubi causam actionis proximam, *dominium*, & remotam *emtionem* exprimo) ac reus absolvatur, ego ex alia causa v. gr. donatione, testamento similive, rem denuo vindicare possim, nec mihi obstet exceptio rei judicatæ, quæ tamen esset nocitura, si sine expressione causæ remotæ, simpliciter ex dominio antea rem vindicassem. Verum crediderim, me denuo agere posse, licet antea simpliciter ex dominio egerim, dummodo ex probatione appareat, ex quibus titulis Dominium meum repetere voluerim, nam hæc etiam intentionem meam restringunt, adeoque ostendunt, quod sententia absolutoria, præter intentionem actoris secuta, & hinc orta exceptio rei judicatæ, non sit universalis, nec adeo actioni, ex aliis titulis movendæ, obesse queat.

OBSERV. LIV.

Non etiam in causa hypothecaria lit. C. n. 2.) Imo in hac causa libellum alternative posse concipi, novissime recte adstruit *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 3.* & prolixius peculiari programmate *Edit. novissim.* adjecto. Quæ sententia adeo nobis admittenda videtur, ut

ut non tantum, libellum alternativè conceptum, non ineptum esse putem, sed etiam illum longe rectius alternative, quam pure concipi existimem, nam hoc natura actionis hypothecariæ, si recte attendatur, exigit. Est hæc quidem realis, ac rem possessam persequitur, sed non absolute, ac propriis velut nervis, subsistit, verum *conditionem obligationis personalis* semper præsupponit. Quodsi igitur actor purè rem petat, tum mensuram juris & actionis sibi competentis videtur excedere, quia absolute petit, quod tamen sub conditione saltem ipsi præstandum est. Si vero reum ratione Præsuppositi, seu obligationis personalis, admoneat, an nimirum obligationem illam solutione tollere, vel ea non sublata, vim actionis hypothecariæ experiri velit, tum juri suo restricto, nec admodum durabili, convenienter agit, ex quo adeo alternatio, ut *possessor vel solvat* vel *pignus præstet*, evidenter fluit.

OBSERV. LV.

Exhiberi etiam debent instrumenta lit. O) Juxta merum jus naturæ hæc exhibitio non adeo involuta videtur, si enim specialis fides eo nomine interposita est, tum hæc servari debet, quodsi hoc factum non sit, tum juxta æquitatem editio facienda, ne scil. proximus nostra pertinacia lædatur, & hactenus inter actorem, reum & tertium nihil interesit, sed hi omnes, postulante æquitate, ad editionem erunt obligati.

2. Sed leges civiles aliæque processuales, distinctius officium hoc determinaturæ, actorem, reum & tertium separant, ac insuper media, quibus contumaces adigi queant, certius definiunt, de quo *AUTOR*, ut hactenus legum Romanarum usus subsidiarius negari non posse videatur. Forte etiam quædam intercur-

currunt, quæ corruptionem Fori civilis redoleant, quorsum omnino referrem separationem actoris & rei, hæc enim non alio fine facta videtur, quam ut plures lites eo nomine excitari possent, nam aliàs solida ratio non subest, quare reus actore favorabilior haberi debeat. Sic actor ratione Replicæ editionem à Reo petere potest, sed limitandum id censet *Dn. BERGER in resolut. h. nisi replica libello inserta*, ast nimis durum videtur, innocuam expressionem tam gravi dispendio multare, maxime cum libellus non tam ex formula, quam petitione æstimandus videatur, adeo ut quæ hanc excedunt, ad libellum non pertinere existimentur, licet in formula reperiantur.

TIT. XIV.

DE PACTIS.

OBSERV. LVI.

PActum) Pacta omnibus gentibus communia adeoque nec ipsa, nec eorum cognitionem à Romanis repetenda esse, facile liquet. Divisiones quoque pactorum, quas *AUTOR n. 1.2.3.4.5.* adducit, non Romanæ sunt, sed omnibus Gentibus communes, oriuntur enim à circumstantiis, quæ in quavis civitate occurrunt, quemadmodum etiam tacitæ voluntatis conjecturæ, quales *AUTOR n. 2.* adducit, nihil aliud sunt, quam communia mentis humanæ ratiocinia. Interim *AUTOR tacitum* & *præsumtum* s. *fictum* consensum confundit, cum tamen proprie consensus tacitus sit, *quando ex facto scientis vel facti omissione ratio voluntatem infert*, ast præsumtus vel fictus est, *quando ignorantis consensus æquitatis causa asseritur*. De cætero hic est figmentum Juris Romani, quoad ne-

de extensione ad casus similes nonnulli dicunt, illa ex falsis hypothesibus oriuntur. *vid. observ. 42.*

Tit. VIII.

QUI SATISDARE COGANT. &c.

Observ. XLV.

Cautio) Hæc tripliciter heic ab *AUTORE* considera-tur, (1) generaliter, *lit. D.* † (2) *specialissime*, dum cautio judicio sisti expenditur verb. *ad cautionem judicio sisti*, (3) *specialiter*, dum cautiones circa processum præstari solitæ adducuntur *lit. SS. l. n.*

2. Prima tractatio maximam partem est juris gentium, nam (1) ipse *cautionis* actus mutuo consensu absolvitur, adeoque omnibus gentibus communis est, hic ea omnia, quæ circa negotia consensualia occurrunt, etiam hic habent locum. Porro (2) *necessitas cavendi* in hoc aut illo casu ex *æquitate* oritur, aliquãdo etiam ex *libera voluntate* dependet cautio. Amplius (3) cavendi modus *libertate* & *prudentia* dirigitur. Interim fatendum est, quod hoc & præcedens caput, seu *quando* & *quomodo* cavendum sit, certius definiant leges positivæ. Et Jure Romano quidem cautiones per solennia stipulationum carmina fieri debebant, quæ tamen in Germania generaliter cessant, ut alibi dicetur. Præterea certis in casibus cautionem fidejussoriam, pignoratitiam vel nudam exigebat, quo adeo respectu ejus aliquis est usus, si legibus patriis aliud non sit cautum. Denique (4) cautionum *effectus* naturalis est, nam tam promissor principalis, quam fidejussores, si intervenerunt, fidem datam, ex præscripto juris naturalis, servare debent. Ut adeo cautiones quidem in Germania occurrant, sed pauca eo nomine debeamus Romanis.

3. Cau-

3. Cautio Judicio sisti, dicebatur olim *Vadimonium*, hinc enatæ locutiones: *vadimonium differre, missum facere, obire, deserere*, de quibus *POLLET.Histor. for. Rom. lib. 5. c. 1. 2. 3.* Vadimonium desertum dicitur *Eremodicium*, quamvis & Actoris absentiam sic dici existimet *BROIDÆUS ad Pollet. histor. d. l. 5. c. 3.* Alii post litem contestatam, Eremodicium contrahi putant, *vid. HUBER. in posit. ad ff. si quis caution. in judic. sistend. caus. fact. n. 7.* sed in hæc alii, quibus lubet, diligentius inquirant, nobis id admonendum est, quod cautio judicio sisti Romana, in Germania non occurrat, cum privatam in jus vocationem præsupponat. Interim quæ de modo cavendi, intuitu hujus cautionis, dixit *AUTOR*, illa aliis in casibus locum habent. *conf. BERGER. resolut. b.*

4. Quando & quomodo in Processu cavendum sit, de quo *AUTOR* tertio agit, id leges positivæ definiunt, ubi quidem potius ad leges patrias, quam Romanas respiciendum esse, ipse *AUTOR* indicat.

Tit. IX. X. XI.
SI EX NOXALI CAUSA AGATUR &c.

Observ. XLVI.

Dominus cavet) Tituli noni nulla est utilitas, quia præsupponit mancipia & actiones noxales, imo etiam in jus vocationem privatam. In titulo 10. traditur obligatio ejus, qui caventem impediit, quo minus, prout promiserat, in judicio se sisteret. Et licet illa maximam partem naturalia sint, attamen in Germania usum non habent, cum casus, ad quem applicanda, amplius non occurrat. Quodsi autem simi-

les existant, tum decisio ex generali principio, non ex applicatione Romanorum speciali repeti debet. In *titulo 11.* effectus cautionis judicio sisti expenditur. Nimirum promissor vel comparere vel interesse præstare debet, nisi justis ex causis impediatur, has enim tacite excipi rationis est, nisi forte iis renunciatum. Quæ omnia naturalia iterum sunt, usum tamen non habent, quia cautio judicio sisti ignoratur. Interim certum manet, quod pacta suos habeant effectus, quodque eadem recte interpretari conveniat, sed horum veritas ex hoc titulo non dependet, *conf. HUBER. posit. h. n. 3. 4.*

TIT. XII.
DE FERIIS ET DILATIONIB. &c.

OBSERV. XLVII.

FERIÆ) Quid Tempus sit, aliorum est explicare, nec videtur hæc explicatio satis expedita, utut tempus omnium in ore sit. Quando verò intuitu temporis leges aliquid disponunt, dum nimirum necessitatem, actus quosdam suscipiendi, remittunt, aut susceptionem certorum actuum prohibent vel jubent, tum tempus cum illa moralitate spectatum *Feriarum* nomen sortitur, *vid. EKHOLT ad ff. h. §. 2.* ac juridicæ est considerationis.

2. Merum jus naturæ ferias ignorat, sed hæ omnes â lege positiva, divina vel humana dependent. Ex hac igitur, tum quid sint feriæ, tum quodnam earum initium, aut quæ species variæ, de quo *AUTOR lit. D.* †. intelligendum est, hinc legum Romanarum hic omnino usus subsidiarius erit. In specie circa doctrinam *AUTORIS* observandum, quod feriæ sacræ vel

vel ita tantum dicantur ratione *Objecti*, quo pertinet definitio *n. 1.* vel ratione *objecti* & *originis* ſimul, quæ non tantum cultum divinum reſpiciunt, ſed & â Deo ſunt ordinatæ, hoc ſenſu ſolum Sabbathum, feriarum ſacrarum exemplum eſt. Porro ei, quod *AUTOR* dicit: *ferias meſſium â magiſtratu cujusvis loci determinari*, obſtat *l. 2. C. de feriis*, & exiſtimat *HILLIG. ad Donell. l. 24. c. 7. lit. p.* dictam legem ad preces ſolum conſultoris pertinere, qui forte talis provinciæ, cujus ſolo illud tempus conveniret, fuerit incola. Alii ejus authentiam impugnant, cum non *THEODOSIUM*, ceu inſcriptio vult, ſed *THEODORICUM*, Gothorum Regem, habeat autorem, *vid. STRAUCH. ad Inſt. diſſert. 24. th. 11. BERGER in reſolut. h. qv. 3.*

OBSERV. XLVIII.

Ferias conſtituit Princeps) Sabbathum â Deo eſt inſtitutum. Cæteræ feriæ, divinæ & humanæ, ab imperante humano conſtituuntur, id quod ex natura Imperii civilis fluit, ac omnibus Gentibus commune, non præciſe Romanum eſt. Magiſtratus inferiores jus illud non habere, ex eodem principio intelligitur, nec alia fuit ſententia Romanorum, nam *l. 4. C. h. t. l. 7. de offic. Proconſ.* non de *introductione* feriarum, ſed *determinatione* loquuntur, quo ſenſu etiam *l. 26. §. 7. ex quib. cauſ. major.* accipi, vel etiam in ea Imperantis tacita conceſſio ſupponi poteſt.

OBSERV. XLIX.

Diebus ſacris) Doctrina *AUTORIS* eſt accipienda de diebus ſacris, ſecundum excellentiam ſic dictis, qui ſcil. non tantum cultum Dei reſpiciunt, ſed & a Deo ſunt inſtituti. Et eſt ſane quæſtio non usque adeo expedita de præcepti illius divini (1) *univerſalitate* ac

(2) *ſen-*

(2) *ſenſu*, de quo late *SELDEN. de J.N.G juxta diſci- pl. Ebraor. 13. c. 8. ſeqq. add. CUNÆ de Republ. Ebraeor. 12. c. 22. 24. ZIEGL. ad Grot. l. 1. §. 17. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 1. membr. 1. §. 1.* Quid *AUTORI hic* videatur, *lit. E.* ediſſerere voluit. Ego illud tantum adjicio, ſententiam remiſſiorem, cui *CARPZOV.* indulget, à *BRUNNEMANNO* ideo notatus, non adeo videri improbandam, *vid.* Geneſ. *II, 3.* Exod. *XX, 8. XXIII, 12. XXXI, 13. XXXV, 2. 3.* Levit. *XXIII, 3.* Num. *XXVIII, 25.* Devt. *V, 12.* In ſpecie quæritur: *an diebus dominicis Status imperii, in ſuo territorio, vias publicas exteris mercatoribus & aurigis occludere, eosdemque hoc medio ad ſabbathum ſanctificandum permovere queat?* quod in *noviſſim. Volum. Reſponſor. Argentorat.* ſtudio *SCHILTERI 1701. publicato*, negative *Reſponſ. 5.* deciditur, eam præcipue ob cauſam, *quod talis prohibitio colliſioni & bellis anſam præbere poſſit, nec præceptum de ſabbatho ſanctificando, tam rigidum videatur, ut neceſſaria peregrinatio ob illud omittenda ſit.* Cæterum uti poſterior ratio ſaltem oſtendit, quod fieri queat, prior autem, quid factu conſultum ſit; ita ſi vim Superioritatis territorialis ſpectes, quæſtio affirmari poſſe videtur.

2. Quodſi autem feriæ ſaltem ratione objecti ſacræ ſint, tum Imperanti humano ſubjacent, adeoque ex hujus voluntate judicandum, quid in iis fieri aut omitti debeat. Dubium igitur non eſt, quin in illis citatio emitti ac inſinuari queat, imo revera ita juris eſſe, regulariter dicendum, nam *l. fin. C. de fer.* loquitur de *die dominico*, hinc quoad cæteras ferias licentia erit aſſerenda. *add. THOMAS. in not. ad Strauch. diſſert. 24. §. 11.*

OB-

OBSERV. L.

Feriis etiam humanis) Quid in feriis humanis liceat, nec ne, illud omne ex legibus humanis dependet. In specie *AUTOR* recte docet (1) processum esse nullum in die feriato, invita parte, peractum, licet dies ratione unius tantum sit feriatus, licet enim *EKHOLT h.* §. 5. putet, *usum loci judicii* esse respiciendum, attamen ex *partium consideratione* hoc decidi debere, alii rectius censent. *vid. THOMAS. d. l.* (2) quod privati feriis necessariis renunciare queant, repentinis & honorariis non item, nam illæ lege *permittente*, hæ *obligante* sunt introductæ.

OBSERV. LI.

Dilatio) Est res omnibus gentibus communis nec à Romanis repetenda. Eam verò *AUTOR* non satis perspicuè declarat. Malim sic dicere. Dilatio sumitur vel pro *tempore*, & est *certum temporis spatium, ad aliquid in judicio peragendum, concessum*, vel pro *actu*, & est *spatii memorati concessio*. Quod si quis tempore nondum elapso, novum spatium petat, tum & hujus concessio est dilatio, ratione verò dilationis præcedentis dicitur *Prorogatio*, quia illa velut extenditur. Ex quibus liquet, prorogationem non esse peculiarem actum, dilationi contradistinctum, sed potius sequentem dilationem, ratione præcedentis, saltem sic dici. Dilationum autem Varietas, quam *AUTOR* quoque indicat, ab indole processus, in Provincia usitati, oritur.

2. Officium Judicis in concedenda dilatione æquitate dirigitur. Debet scil. ita se gerere, ut neutri parti gravis sit. Cum autem vinculum illud sit paulo laxius, ideo Jus Romanū magis illa definivit, numerum dilatio-

tionum præscribendo, *lit. C. Q. Conf. BERGER. b. qv. 4. THOMAS. ad Strauch. dissert. 24. §. 10.* sed illa moribus non observari, fatetur *AUTOR.*

Tit. XIII.
DE EDENDO.

Observ. LII.

Actionis libellus) Illud manifestum est, quod apud omnes Gentes libellus actionis in usu sit, cum in statu civili, privatis jus suum propria autoritate sibi asserere non liceat, hinc utique coram Judice competente desiderium suum contra adversarium proponere debent, quo ipso libellus existit. Hinc quid sit, de quo *lit. D. D.* communi ratione intelligitur. Porro varietas libelli, de qua *sign.* †. à diversitate Processus, in aliqua regione usitati, oritur.

Observ. LII.

Partes libelli) Confectio libelli, quam *AUTOR* hic & *lit. D.* declarat, dependet partim à *libertate*, hæc circa quemvis actum regulariter aliquas partes habet, partim à *prudentia*, hæc quippe exigit, ut actor libellum apte concipiat, quo finem intentum consequatur, aliàs enim suæ imprudentiæ hanc luet pœnam, ut non tantum scopo suo excidat, sed & impensas perdat, ad easque adversario restituendas quandoq; condemnetur, partim à *lege positiva*, hæc enim circa conceptionem, oblationem, mutationem actionum, uno libello proponendarum, numerum, aliaque hujus generis capita, varia disponere solet, *vid. BERGER. resolut. b.* ubi quidem magis ad ordinationes processuales cujusvis judicii, quam jus Romanum esse respiciendum, facile liquet, ut plane putem, leges Romanas non nisi

con-

contorte huc trahi. Forte etiam in concipiendo libello aliquas habet partes *Imprudentia*, quo referrem omnes libelli *clausulas voluntarias*, hæ enim nullam habeat utilitatem, ut putem Advocatum eo ineptiorem esse censendum, quo magis clausulis ejusmodi abundat, brevitatem è contrario in eodem prudentiam arguere. In genere autem hoc liquet, quod quoad libellum nihil Romanis debeamus.

OBSERV. LIII.

Utile interdum est etiam remotam adjicere) Utilitas in eo consistere censetur, quod si rem vindicem ex domino v. gr. per emtionem quæsito (ubi causam actionis proximam, *dominium*, & remotam *emtionem* exprimo) ac reus absolvatur, ego ex alia causa v. gr. donatione, testamento similive, rem denuo vindicare possim, nec mihi obstet exceptio rei judicatæ, quæ tamen esset nocitura, si sine expressione causæ remotæ, simpliciter ex dominio antea rem vindicassem. Verum crediderim, me denuo agere posse, licet antea simpliciter ex dominio egerim, dummodo ex probatione appareat, ex quibus titulis Dominium meum repetere voluerim, nam hæc etiam intentionem meam restringunt, adeoque ostendunt, quod sententia absolutoria, præter intentionem actoris secuta, & hinc orta exceptio rei judicatæ, non sit universalis, nec adeo actioni, ex aliis titulis movendæ, obesse queat.

OBSERV. LIV.

Non etiam in causa hypothecaria lit. C. n. 2.) Imo in hac causa libellum alternative posse concipi, novissime recte adstruit *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 3.* & prolixius peculiari programmate *Edit. novissim.* adjecto. Quæ sententia adeo nobis admittenda videtur, ut

ut non tantum, libellum alternativè conceptum, non ineptum esse putem, sed etiam illum longe rectius alternative, quam pure concipi existimem, nam hoc natura actionis hypothecariæ, si recte attendatur, exigit. Est hæc quidem realis, ac rem possessam persequitur, sed non absolute, ac propriis velut nervis, subsistit, verum *conditionem obligationis personalis* semper præsupponit. Quodsi igitur actor purè rem petat, tum mensuram juris & actionis sibi competentis videtur excedere, quia absolute petit, quod tamen sub conditione saltem ipsi præstandum est. Si vero reum ratione Præsuppositi, seu obligationis personalis, admoneat, an nimirum obligationem illam solutione tollere, vel ea non sublata, vim actionis hypothecariæ experiri velit, tum juri suo restricto, nec admodum durabili, convenienter agit, ex quo adeo alternatio, ut *possessor vel solvat* vel *pignus præstet*, evidenter fluit.

OBSERV. LV.

Exhiberi etiam debent instrumenta lit. O) Juxta merum jus naturæ hæc exhibitio non adeo involuta videtur, si enim specialis fides eo nomine interposita est, tum hæc servari debet, quodsi hoc factum non sit, tum juxta æquitatem editio facienda, ne scil. proximus nostra pertinacia lædatur, & hactenus inter actorem, reum & tertium nihil intererit, sed hi omnes, postulante æquitate, ad editionem erunt obligati.

2. Sed leges civiles aliæque processuales, distinctius officium hoc determinaturæ, actorem, reum & tertium separant, ac insuper media, quibus contumaces adigi queant, certius definiunt, de quo *AUTOR*, ut hactenus legum Romanarum usus subsidiarius negari non posse videatur. Forte etiam quædam intercur-

currunt, quæ corruptionem Fori civilis redoleant, quorſum omnino referrem ſeparationem actoris & rei, hæc enim non alio fine facta videtur, quam ut plures lites eo nomine excitari poſſent, nam aliàs ſolida ratio non ſubeſt, quare reus actore favorabilior haberi debeat. Sic actor ratione Replicæ editionem à Reo petere poteſt, ſed limitandum id cenſet *Dn. BERGER in reſolut. h. niſi replica libello inſerta*, aſt nimis durum videtur, innocuam expreſſionem tam gravi diſpendio multare, maxime cum libellus non tam ex formula, quam petitione æſtimandus videatur, adeo ut quæ hanc excedunt, ad libellum non pertinere exiſtimentur, licet in formula reperiantur.

TIT. XIV.
DE PACTIS.
OBSERV. LVI.

PActum) Pacta omnibus gentibus communia adeoque nec ipſa, nec eorum cognitionem à Romanis repetenda eſſe, facile liquet. Diviſiones quoque pactorum, quas *AUTOR n. 1. 2. 3. 4. 5.* adducit, non Romanæ ſunt, ſed omnibus Gentibus communes, oriuntur enim à circumſtantiis, quæ in quavis civitate occurrunt, quemadmodum etiam tacitæ voluntatis conjecturæ, quales *AUTOR n. 2.* adducit, nihil aliud ſunt, quam communia mentis humanæ ratiocinia. Interim *AUTOR tacitum* & *præſumtum* ſ. *fictum* conſenſum confundit, cum tamen proprie conſenſus tacitus ſit, *quando ex facto ſcientis vel facti omiſſione ratio voluntatem infert*, aſt præſumtus vel fictus eſt, *quando ignorantis conſenſus æquitatis cauſa aſſeritur*. De cætero hic eſt figmentum Juris Romani, quoad negotia

D

gotia humana, minime necessarium, cum omnibus illis casibus, in quibus ex consensu ficto obligatio repetitur, hæc vel ex tacito veniat, vel sine ullo consensu adstrui possit, & hinc etiam, ni fallor, est, quod præsumtum & tacitum sæpe confundatur.

OBSERV. LVII.

Ratione finis est vel obligatorium) Divisionem hanc, qua pactum in *obligatorium* & *liberatorium* distinguitur, esse juris Gentium jam diximus, & posset addi tertia species, scilicet *Mixtum*, quod partim obligationem constituat, partim tollat, quale exemplum, nisi fallor, est in *Transactione*. Subdivisio autem pacti tam obligatorii, quam liberatorii, quam *AUTOR* hic adducit, non est juris Gentium, sed mere Romana, ac in Germania nullius usus, (si unicam illam, qua contractus in *bilaterales* & *unilaterales* distinguuntur, excipias) quod plenius liceat ostendere.

2. Quod igitur attinet pactum obligatorium, mero jure naturali synonyma sunt *Pactum contractus, conventio*, & ad ea nihil, nisi consensus serius, requiritur, hinc etiam hoc jure omnia pacta vel contractus sunt *consensuales*, & omnes illæ species, *AUTORI* hic memoratæ, ignorantur. Ab hac simplicitate naturali enormiter descivit Jus Romanum, & totum hunc locum difficilibus tricis opplevit, triplicem ob causam minime quidem necessarium, (1) quod quemvis consensum ad pactum validum non sufficere, (2) sine consensu obligationem oriri non posse, ac (3) pacta eodem modo interpretanda non esse, existimaverit.

3. Ex primo præsupposito orta est distinctio pactorum *nudorum* & *non-nudorum*, & *AUTOR* quidem sub his comprehendit *Contractus*, *pacta legitima* & *ad-*

adjecta. Sed menti Romanorum convenientius est, si solos contractus, pro pactis *Non-nudis*, quæ propria virtute obligationem pariant, habeamus, ac *Nuda* distinguamus in *Nuda in specie*, quæ nullam actionem post se habeant, & *Vestita*, quæ vel ex legis assistentia, ut *Legitima*, vel ob cohærentiam cum contractu, ut *Adjecta pacta*, actionem producant, nam licet hæc ad agendum etiam prosint, attamen illud fit ob externum auxilium, in se verò manent pacta nuda, nec adeò cum Contractibus eadem classe censeri possunt. Sed suis labris has relinquamus lactucas!

4. Uti autem hoc discrimen ad augendas lites clientesq; eo magis irretiendos videtur esse à Romanis introductum, ita à Germanis nunquam esse admissum, constans Doctorum est sententia, ipso fori usu satis etiam adprobata. Hinc exulat in Germania, *discrimen pactorum nudorum & non nudorum*, & per consequentiam *contractus* & *pacta* sunt synonyma, *pacta legitima* & *adjecta* sensu juris civilis cessant, ac omnis eo respectu mota concertatio est inanis; de *causa* sive *synallagmate* nulla amplius potest esse quæstio, cum omne pactum validum & efficax sit, ob consensum serium.

5. Deinde jure Romano contractus distinguuntur in *Veros* & *quasi contractus*, quæ divisio inde orta est, quod nullam obligationem sine consensu oriri posse, Romanis persuasum fuisse videatur, ubi igitur hic defuit & tamẽ obligatio exstitit, consensum fingere placuit. Sed carere possumus quasi contractibus, quia in omnibus casibus, ubi hi afferuntur, obligatio vel ex consensu tacito descendit, vel lege positiva aut æquitate, sine prævio consensu, constituitur, hinc etiam li-

quet, quare nihil referat, quot quasi contractus quis asserere velit,(quâ in re interpretes juris civilis variant) nam in re non necessaria quivis suo sensu potest abundare. Expunctis autem quasi contractibus, prædicatum *verorum contractuum* erit quoque otiosum.

6. Amplius contractus veri juxta leges Romanas sunt vel *nominati* vel *innominati*. Sed hi ex pactis nudis oriuntur, his ergo negatis, innominati quoque contractus cessant, id quod in loco proprio pluribus demonstrabimus. Cessantibus verò innominatis & *nominatorum* nomen exspirabit. Denique nominatorum quatuor vulgo recensentur species; *consensuales*, *verbales*, *reales* & *literales*, sed uti *hos* ne quidem de jure civili recte asseri, alibi ostendam, ita manifestum est, quod *Verbales* & *Reales*, ex hypothesi de pactis nudis oriantur, adeoque hac sublata, etiam illi cessent. De verbalibus res certa est, nam stipulationes & pacta coincidere manifestum est, & vulgo conceditur, de realibus idem dicendum, nam v.gr. rogatio de pecunia danda, ac promissio de eadem suo tempore reddenda, perinde pro contractu consensuali haberi potest, ac locatio & conductio.

7. Denique contractus sunt *bonæ fidei* & *stricti juris*, quæ divisio itidem ultimato ex eo dependere videtur, quod ex quovis consensu, licet serio, actionem concedere noluerint Romani, nam hinc diversa interpretandi ratio invaluisse quoque videtur. Licet autem istam divisionem hodie quoque attendendam aut totum jus subvertendum esse existimet *A. FABER*, referente ac probante eam sententiam *Dn. BERGERO in resolut. ad lib. 18. tit. 5. in fin.* attamen ad *tit. de O. & A.* ostendere conabor, quod probabiliter illa recepta non sit.

8. Sic

8. Sic ergo in Germania simplicitas juris naturalis quoad pacta obligatoria obtinet, & omnia illa, sive contractus, tantum sunt *consensuales*, debentq; pro ratione circumstantiarum rectè explicari. Quodsi paulo mitius cum jure Romano agere, ac *quasi contractus* nec non *reales* admittere velis, tum ita dicendum. Pacta sive contractus sunt vel *ficti* vel *veri*, hi vel *reales* vel *consensuales* in quorum censum, præter contractus Romanorum consensuales, debere referri eorum pacta nuda, Legitima, Adjecta, stipulationes, fidejussiones, contractus innominatos, transactiones, pollicitationes, ac uno verbo omne obligatorium pactum, quod in fictum aut realem contractum non incidat, ex dictis manifestum est.

9. Porro distinxerunt Romani pacta Liberatoria in *Nuda* & *Nonnuda*, sed & hanc divisionem in foris Germaniæ esse incognitam & omnia pacta ejusdem efficaciæ, certum est ac *à Dn. BERGERO in Resolut. b. qu. 4.* conceditur quoque. Et res quidem eodem recidit, sive omnia pacta ipso jure, sive ope exceptionis obligationem & actionem tollere dicas, nam *ipsum jus*, hic est, intuitu Germaniæ, otiosum nomen, licet ejus usum in compensatione, restitutione in integrum aliisque juris capitibus non plane negem. Sic igitur difficiles Romanorum tricæ, quibus Tirones juris, non secus ac pueri manduco, terreri solent, in Germania nullius sunt usus.

OBSERV. LVIII.

Ope exceptionis & replicationis elidit lit. d. N.) Qua occasione quæritur, si pactum intercesserit de non petendo, & mox aliud, ut petere liceat, an fidejussor ex primo excipiens, replicatione pacti posterioris repelli

 queat?

queat? asserit hoc *l.27.§.3. de pact.* negat verò *l.fin.eod.* *EBERTUS in dissertat. inaug. hab. Francof. 1685.* De eo quod fit ipso jure *membr. 1. sect. 2. p. 240.* testatur, *NICOLAUM de PASSERIBUS* octo conciliationes afferre. Ipse tamen *EBERTUS immedicabilem Antinomiam* fatetur. Verum ex generalibus obligationum constituendarum aut tollendarum principiis, facile hoc dissidium componitur. Nimirum *d. l. 27. §. 3.* loquitur de *fidejussore inscio & qui pactum prius nondum acceptaverat*, hinc potuit creditor & debitor illud novo pacto è medio tollere & mansit adeo fidejussor ex fidejussione sua obligatus, sed *d.l.fin.* agit de *fidejussore sciente & pactum liberatorium acceptante*, post quam acceptationem, secundum pactum ei nocere, ac liberationem semel obtentam, auferre non potuit.

2. Nec obstat, si quis contendere velit, etiam in primo casu, pactum prius inscio fidejussori prodesse debere, *cum actionem enervaverit, aut juxta mores nostros, penitus sustulerit*, nam responderem, non tam sublatam, quam suspensam esse actionem ratione fidejussoris, lex enim non aliter hic operatur, quam juxta voluntatem eorum, quorum interest, adeoque acceptationem præsupponit, hanc vero cum, quoad fidejussorem, anteverterit pactum alterum creditoris & debitoris, hinc satis liquet, prius fidejussori prodesse non potuisse; sed ais, *potest etiam pro ignorante ad effectum liberationis solvi!* Verum hoc est, si solutio in suo statu maneat, ut ex postfacto ab eo, in cujus favorem facta est, minimum tacitè approbari queat, sed fac solventem à creditore volente pecuniam repetere, antequam debitor quicquam hac de re intelligat, tum procul dubio sub obligatione pristina hic manebit. Sed *ita*

igno-

ignorantia fidejussori nocet? non nocet, verum fidejussio, qua obligationem suscepit, ei damnosa est, ignorantia vero saltem impedit, ne lucrum, liberationem scilicet ab obligatione, consequatur, quod non infrequens est, nam sæpe lucro excidimus, ideo quod ejus acquirendi occasionem ignoremus.

OBSERV. LIX.

Debet etiam causa adesse lit. C.) Essentia pactorum consistit in consensu *vero, declarato* & *mutuo*, quod omnes homines ex communibus principiis satis intelligunt. Sed an ad validitatem pactorum etiam requiratur *causa impulsiva*, quæritur? *AUTOR* hoc affirmat (nam de tali causa eum loqui, plane arbitror) sed textus citati non adeo probant, nam *c. 14. X. de fid. instrum.* & *l. 25. §. fin. de probat.* per *causam* intelligunt ipsum pactum, dum docent, chirographum generaliter loquens, nec causam debendi i. e. contractum vel simile negotium, exprimens, nihil probare, in *l. 2. §. 3. de dol. except.* etiam per causam intelligitur pactum vel simile negotium obligatorium, quod per stipulationem vel expediendum vel novandum fuit, v. gr. si stipuler, ut quis mihi reddat pecuniam mutuo datam, illa stipulatio dicitur invalida, si causa illa s. mutuum non præcesserit. Idem sensus occurrit etiam in *l. 1. 3. de condict. sin. caus.* nam condictione sine causa, rem ab alio repetere solemus, si eam sine causa i. e. titulo habili possideat. Adhuc *l. 51. de pact.* per causam, pactum, vel simile negotium intelligitur, nam pactum liberatorium, quo quid remitto, quod ex certa causa mihi deberi existimabam, nullius momenti esse dicitur, si illa causa revera non adfuerit. Denique *l. 56. de pact.* hoc saltem docet, quod in pactis causa finalis adesse

possit aut *soleat*, non autem quod *debeat*, adeo ut, nisi de ea constet, pactum non valeat.

2. Hactenus igitur doctrina Autoris ambigua vel falsa videtur. Interim non plane fundamento destituitur assertio, quæ causam impulsivam exigit. Hinc distinguerem inter pacta *momentanea*, quibus simul & semel satisfit, in his causam aliquam rigidè non putarem esse requirendam, & *successiva*, quorum effectus successive se exerit, hæc non valebunt, nisi *causa impulsiva*, seu quod eodem recidere arbitramur, *intenta aliqua utilitas* adsit, nam ejusmodi pacta non tantum nullum habent usum, sed & sua duratione negotia humana turbare possunt, exempla sunt in *l. pen. de pact.* Cum autem pacta *utilitatis* non *vexationis* aut *ludibrii* causa sint introducta, hinc quæ ultimum hunc finem tantum intendunt, etiam mero jure naturali pro invalidis meritò habentur.

OBSERV. LX.

Celebrant pacta lit. S.) Naturaliter illi pacisci possunt, qui facultate consentiendi physica & morali gaudent ac libere & serio consentiunt. Quam doctrinam omnibus Gentibus communem, etiam Romani fundamenti loco supponunt, ac præterea facultatem illam quandoque magis circumscribunt, quales restrictiones occurrunt quoad Patrem & filium, Advocatum & clientem, Medicum & Ægrotum, nec non pupillum, minorem, prodigum & fœminam, de quibus *d. lit. S.* quorum adeo usus subsidiarius in Germania est. In genere autem circa hæc ac similia exempla observandum, quod aliquando leges civiles *pacta prohibeant*, aliquando *facultatem pœnitendi alteri pacifcenti largiantur*, aliquando *pactis sua autoritate*

non

non assistant. Illo casu nec obligatio oritur, nec pactum ultrò servari potest, isto obligatio quidem non adest, ultrò tamen pactum impleri potest, hoc obligatio naturalis oritur ad promissum implendum.

OBSERV. LXI.

Objectum sunt res lit. O) Juxta philosophiam generalem, omnibus hominibus communem, objectum pactorum sunt res *possibiles*, legibus divinis *licitæ* & *utiles*. Sed leges positivæ nonnunquam alias res â pactis removent, quo spectant juxta jus Romanum *res extra commercium positæ*, *litigiosæ* & inprimis *viventis hæreditas*, quamvis illæ dispositiones Romanæ non ubique in usu sint, *vid. PISTOR. lit. 4. qu. 2. n. 43. HAHN. de jur. rer. conclus. 70.*

OBSERV. LXII.

Non subsistit pactum, ne dominus rem suam alienet lit. O.) Tale pactum etiam naturaliter videtur invalidum, ceu dixi *observ. 59.* si autem tertii intersit, tum pactum valebit, quodsi tamen contra hoc res alienetur, alia est quæstio, *an alienatio sit plane nulla*, an *alteri saltem competat actio ad interesse? AUTOR* prius asserit, alii posterius defendunt, *vid. BERGER in resol. b. qu. 6.* Ego crediderim *AUTORIS* sententiam esse veram, si juxta simplicitatem naturalem res decidenda foret, nam dominus pacto libertatem alienandi restrinxit, adeoque revera cessat facultas moralis, hinc alienatio de facto suscepta, nullius valoris, naturali æstimatione, esse potest. Ast juxta jus civile sententia altera verior est, hoc enim magis ad *traditionem*, quam *titulum* respici solet, hinc pactum vim traditionis impedire non posse existimatur, adeoque ad interesse jus saltem dat.

OBSERV. LXIII.

Vel obligationem lit. E.) Effectus pactorum obligatoriorum juxta jus naturale est, ut *fides, juxta mensuram consensus dati, servetur.* Ab hac simplicitate discessit lex Romana (1) in *obligationibus* faciendi, ubi non præcise factum, sed interesse præstatur *lit. E. in fin.* Cæterum uti hæc res etiam de jure civili est dubia, cum alii obligationem ad factum præcise asserant, ac ob moram rei, volenti actori saltem jus exigendi interesse largiantur, *vid. HUBER. posit. ad Inst. d. V. O. n. 24.* ita admissa licet de jure civili, tamen in Germania usum non habere videtur, nec enim jure illo indiguerunt Germani, cum dispositionem naturalem habuerint, hinc probabiliter illud non receperunt, cum omnis receptio saltem in subsidium sit facta, accedit, quod illa dispositio Romana aliquam videatur continere imposturam, cum enim probatio ejus, quod interest, sit difficilis, facile eveniet, ut creditor nihil omnino accipiat; (2) in *pactis nudis*, sed istam captiositatem negligi ac merum jus naturæ penes nos observari, constans est sententia, *AUTORI* quoque recte probata. *add. MEV. P. 5. D. 408.*

OBSERV. LXIV.

Nisi sint pacta tantum præparatoria contractuum) Imò licet talia saltem sint, tamen actio moribus inde competit, modo in iis serio quid conventum sit, nec res in nudis tractatibus substiterit. Nam Germani simpliciter (1) inhærent simplicitati naturali, quæ discrimen pactorum ignorat; (2) apud Romanos pacta præparatoria mediante stipulatione poterant valida reddi, sed dum illa verborum solennium carmina Germani non receperunt, eo ipso testati sunt, se iis non

nön indigere, ſed poſſe validas conventiones ſine iis producere; (3) eſſent Germani Romanis hac in parte deterioris conditionis, ſi pacta præparatoria inefficacia diceremus, quoniam, deficientibus ſtipulationibus, nullo ſatis expedito medio ea valida reddere poſſent, quod abſurdum cenſeri debet; (4) accedit etiam praxis apud *BERLICH. Deciſ. 143.* ubi præjudicio Lipſienſi, Jenenſi & Wittebergenſi validitas pacto præparatorio tribuitur. Denique (5) *AUTOR*, qui reſtrictionem probare debebat, nihil omnino ſolidi affert, nam *CARPZOVIUS* in partes vocatus, loquitur de *contractu innominato*, in quo, ante traditionem, pœnitentiæ locum eſſe putat. Sed male exiſtimatur, quod pœnitentiæ locus ſit, de quo alibi dicemus, male etiam pactum, quod traditionem præcedit, pro præparatorio habetur, nam v. gr. conſenſus de rebus permutandis eſt, juxta interpretationem naturalem, ipſe contractus principalis, ac traditio ad executionem pertinet, ſed juxta hypotheſes juris Romani, *ille* & *hæc* ſunt partes eſſentiales contractus innominati, hinc juxta neutrũ reſpectum, conſenſus pro pacto præparatorio haberi poteſt, hoc enim à negotio ſecuto principali penitus differt. *add. BERGER Reſolut. h. qu. 6.*

OBSERV. LXV.

Accidentia conventionum) Hæc, nempe *conditio, Dies & Modus* pactis ad temperandum conſenſum & modificandam obligationem adjici ſolent, hinc doctrinæ hujus ſubſtantia eſt juris Gentium, à Romanis ſaltem probata. Intercurrunt tamen ſubinde diſpoſitiones poſitivæ, quales ſunt, quæ conditiones peculiari ratione interpretantur, impoſſibiles nonnunquam detrahunt, legata in hæredes transmitti nolunt, mortuo

ante

ante conditionem legatario vel hæredem ex certo tempore aut ad certum tempus instiitui prohibent, quæ nec ubique satis prudentes sunt, nec forte usu per omnia servantur.

Observ. LXVI.

Vel saltem an exstiturus sit) Mira est illa subtilitas, qua interpretes, & cum iis *AUTOR*, diem incertum *an*, sed certum *quando* se concipere posse putant. Si enim intelligis *quando* dies sit venturus, tum etiam scis, *quod* sit venturus, & si ignoras, *an* sit extiturus, tum fatuum est quærere, *quando* sit secuturus? quis enim non videt τὸ *quando* includere τὸ *an*, illo ergò certo, hoc non potest esse incertum? In exemplo, quo vulgo utuntur declarandæ sententiæ: *Cum Sempronius pubes erit, vid. BACHOV. ad Fr. V. 2. Disp. 13. th. 6. lit. e.* committitur fallacia, nam existentia *an* supponitur, posito nimirum quod Sempronius sit victurus, hoc aut illo anno erit pubes. Ita autem utrumque certum est, *an* & *quando*, quodsi autem τὸ *an* non supponas, adeò ut incertum sit, an Sempronius sit victurus, tum frustraneum erit quærere, quo tempore pubertatem sit consecuturus.

Tit. XV.
DE TRANSACTIONIBUS.

Observ. LXVII.

Transigere hic est) Juxta jus Gentium, *pacisci* & *transigere*, synonyma sunt, sed juxta jus Romanū transactio pacti species est, nec hodie stricta illa suppositio semper observatur. Divisiones Transactionis hic allatæ, etiam juris Gentium sunt, dependent enim à circumstantiis in quavis gente occurrentibus.

Ob-

OBSERV. LXVIII.

Fit vel pacto lit.C.) Hodie transactio est negotium consensuale,& ad sui perfectionem, seposita conventione speciali, nihil nisi consensum desiderat, stipulationes enim in genere cessant,præstatio autem rei hodie non est pars essentialis, quæ cum consensu tanquam altera parte essentiali, efficiat contractum innominatum, sed pertinet potius ad transactionis executionem seu impletionem.

OBSERV. LXIX.

Transigunt qui contrahunt lit. S.) Naturaliter ad eum, qui suo nomine transigit, requiritur, ut (1) jus super quo transigendum & (2) libertatem disponendi de eodem habeat, quæ quidem regulariter præsumitur. Ut autem transigens habeat facultatem alienandi, id præcise non requiritur, nam per transactionē non semper alienamus, sed sæpe alteri rem, quæ ipsius est, relinquimus aut reddimus, hinc ex veriori sententia Vasallus etiam super feudo ita transigere potest, ut illud alteri concedatur. Ad eum vero, qui alieno nomine transigit,requiritur,ut sufficiente domini voluntate sit instructus. Quæ naturalia decreta jus Romanum approbavit, additis, quoad pupillos, tutores, Patres & liberos, declarationibus positivis.

OBSERV. LXX.

Super causa controversa ex ultimis voluntatibus lit. O.) Transactio hæc, & altera super alimentis futuris, testamento relictis, invalida est ex dispositione Juris Romani,cujus adeo hactenus est usus. De cætero illæ transactiones non simpliciter, sed in favorem ejus,cui quid relictum,prohibitæ sunt,ob præsumtum scilicet dolum,quo legatarius repræsentata pecunia ad trans-

transigendum inductus censetur. Ex quo consequitur, quod renunciatio simplex valorem quidem his transactionibus non conciliet, ceu rectè *AUTOR* docere videtur, nam per pecuniæ repræsentationem, perinde quis ad renunciandum, ac transigendum induci potest. At renunciatio jurata etiam de jure civili efficax videtur, qui enim jurat, ille nihil inconsideratè aut præcipitanter egisse censendus est, nec obsunt textus *AUTORI* citati, loquuntur enim de *negotiis simpliciter probibitis*, ast has transactiones, ob præsumtam saltem deceptionem, favore legatarii esse invalidas, antea diximus, quæ præsumtio, adeoque invaliditatis causa, præstito jurejurando cessare videtur.

Observ. LXXI.

De commissis publicis permissa est transactio) De delictis publicis naturaliter transactio licita videtur, ut nempe neque ratione actoris, neque rei, in peculiare delictum incidat, aut delicti commissi confessionem involvat, nam nulla lex divina tam rigidè obligat, ut delinquentes præcise sint puniendi, sed hoc solum exigit, ne negligentia & conniventia Judicum sint impuniti, talis enim publica permissio animum delinquentib9 adderet, ac publicè noxia foret. Exinde sequitur, quod conventio, quæ ad securitatem delinquentis incerti spectat, legibus divinis non improbetur; Accedit quod memorata transactio delinquentem non simpliciter pœnæ subtrahat, cum paciscentes saltem respiciat, in publicum autem non præjudicet, sed non obstante transactione, suspectus ab aliis inquisitioni aut accusationi ac pœnæ subjici queat. Cæterum in eò fere subsistit disquisitio, *an transactio extra crimen*

fit?

fit? de eo enim non facile quæritur, an, *ad modum aliarum conventionum, etiam jus & actionem producat, cujus virtute invitus ad eam implendam cogi queat?* quando enim urgente neceſſitate vel periculo paciſcimur, tum utplurimum conventionis exſecutio ſtatim fit, ut de actione aliqua nihil facile audiatur.

2. Illa admiſit lex Romana ſaltem quoad delicta ultimo ſupplicio coërcenda, in cæteris vero delictis publicis, transactionem noluit eſſe impunem, ceu refert *AUTOR*, quamvis fortaſſe rigor ille non ubique obſervetur, illud certe nimis videtur durum, quod reus tranſigens pro confeſſo habeatur, nam ſuſpectum quidem illum facit transactio, non vero, æquâ æſtimatione, ſtatim confeſſum, hinc *STRUVIUS in S. I. C. exercit. 6.* §. *62.* hodie de his delictis etiam licite tranſigi cenſet.

OBSERV. LXXII.

Privatis paciſcendo extinguuntur actiones civiles) De delictis privatis, tam quoad damni reſtitutionem, quam pœnam, naturaliter licita eſt transactio, adeo ut exinde actio ad implendum promiſſum, tranſigentibus rectè detur, nam delinquere quidem non licet, ſed poſtquam delictum de facto eſt patratum, de obligatione & actione inde orta, ac ad privatum pertinente, perinde licitè conventio initur, ac de aliis juribus, quæ ex contractibus vel ſimilibus negotiis veniunt. Publico autem tali transactione nullum fieri præjudicium, manifeſtum eſt, hinc jus Romanum tranſigentem reum pro confeſſo habet, eidemque infamiam irrogat, licet id iterum paulo durum ſit, quod tranſigens ſtatim pro confeſſo habeatur, cum, æqua æſtimatione, ſaltem ſuſpectus ſit. In genere forte

notan-

notandum, quod de transactione de delictis, in foris Germaniæ nihil adeò audiatur, quia accusationes privatorum non sunt in usu, propter quas inprimis apud Romanos de iis quæsitum fuisse videtur.

OBSERV. LXXIII.

Transactio inter transigentes non minorem autoritatem habet lit. E.) Juxta mensuram consensus seriò dati, transactionem servari jubet lex naturalis, adeo ut necPrinceps jus quæsitum auferre queat, quæ omnia cum similibus, generalia ac omnibus hominibus communia sunt. Frustra porro *AUTOR* distingvit *modum*, quo transactio inita, si ad usum modernum respicias, nam ad perfectionem transactionis nihil nisi consensus requiritur, ceu *observ. 86.* diximus. hinc eo dato, pœnitentia quoque cessabit, nec habebit locum condictio causa data causa non secuta, quæ omnia in loco proprio, ubi de Contractibus innominatis agendum erit, pluribus confirmabimus. Dispositio autem, quæ à transactione jurata resilientem punit in *l. 41. C. h. t.* est Romana, cujus usus in dubio asseri posse videtur.

OBSERV. LXXIV.

Infirmatur transactio lit. C.) Transactio valida naturaliter *rescinditur* mutuo dissensu, *fieri autem impeditur* metu, dolo & errore, efficaci scilicet, qui committitur in iis, quæ ad negotium pertinent, qualia sunt instrumentorum, ex quibꝰ transigitur, *veritas*, & in causa publica, *præsentia*, non autem *rerum præstandarum æqualitas*, hinc ob enormẽ læsionem non rescinditur *d. lit. C.* quamvis non plane improbabilis sit sententia altera, quæ in transactione æqualitatem rerum aliquo

mo-

modo requirit, hinc legis positivæ interpretationi multum hic tribuendum, cætera sunt Juris Gentium.

LIB. III. TIT. I.
DE POSTULANDO.

OBSERV. LXXV.

Dicuntur Advocati) An munus postulandi cum munere Advocatorum modernorum conveniat, id criticis indagandum relinquimus, illud certum, quod Advocatus sit persona moralis, cujus conceptum, sine adminiculo Juris Romani, ex communibus principiis, omnes homines formare sibi possunt, & differt Advocatus à Procuratore, *vid. EKH. ad ff. h.* licet hæc duo munera in eâdem persona sæpe concurrant.

OBSERV. LXXVI.

Recipiuntur lit. C.) Munus advocati vel *consensu publico*, juxta statuta cujusvis Judicii, vel *privato*, conventione scilicet privata, alicui defertur, & hæc quidem publicam constitutionem aliquando præsupponit, aliquando non. Quæ omnia à principiis communibus dependent, nec adeò præcise à Romanis repeti debent.

OBSERV. LXXVII.

Advocare possunt lit. S.) Naturaliter ad hoc munus quivis habilis est, qui Jura satis intelligit. Cæterum cum hæc habilitas in sensus non incurrat, hinc modus eam explorandi peculiaribus legibus positivis constitui solet. Præterea varia quoad sexum, religionem aliaque illæ requirunt *lit. S.* quorum adeo intuitu leges Romanæ usum subsidiarium præbent, *add. BERGER. Resolut. h. qu. 2.*

OBSERV. LXXVIII.

Non etiam famosi latronis lit. O.) Advocatos in quavis causa patrocinium suum posse præstare, modo bona fide versentur, certum est, ac ex communibus principiis dependet, sicut etiam ex imperio civili est, quod ad munus suscipiendum cogi queant. Coactio tamen illa cessat intuitu famosi latronis, & causæ, quam sciunt injustam, sic enim *AUTOR* explicandus videtur, nam alias, salva conscientia, etiam in his patrocinium præstare posse Advocatos, modo nihil dolose agant, sed jura, qualia qualia sunt, deducant, dubium non videtur. Quodsi verò quis vel scrupulo conscientiæ, vel alia causa permotus, causæ ejusmodi adesse nolit, tum invitum cogere, nimis durum foret.

OBSERV. LXXIX.

Advocati præstent officium lit. Q.) Interposita inter Advocatum & Clientem conventione, utriusque officium jure naturali constituitur. Ille enim obligatur ad causam fideliter agendam, si secus faciat, tum ex lege naturali damnum resarcire debet, ac insuper lege positiva punitur, quod specialius *AUTOR d. lit. O.* declarat. Hic autem, nempe Cliens, ad promissum honorarium exsolvendum obstringitur, ubi tamen nonnunquam incertum, quid actum sit, quæ voluntatis quæstiones juxta regulas interpretandi decidi debent, quodsi certa legis positivæ interpretatio adsit, negligenda illa non est. Poterit de cætero Advocatus sibi *retinendo* & *agendo* prospicere, nec hodie de actionum nominibus valde laborandum est. Quæ omnia à Romanis confirmata sunt *lit. E.* solet insuper intuitu honorarii illius aliquando quid disponere lex positiva, v. gr. quod cedat peculio castrensi, aut quod

quod in concursu Creditorum privilegium Advocatus habeat, quale tamen *AUTOR* recte negat *d. lit. E.*

OBSERV. LXXX.

Nec salarii nomine aliquid exigunt. si in propria causa expensas adversarius condemnatus sit lit. E.) In Camera Imperiali id observari testatur *CARPZOV. d. l.* forte & alibi sententia ista obtinet, hinc solent Advocati in propria causa alium Advocatum (nonnunquam fortassis solum dicis gratia) assumere, quo hac ratione ab adversario, in expensas condemnato, salarium Advocati quoque consequantur. Si juxta æquitatem hæc res decidenda foret, tum salarium ipsi Advocato in propria causa adjudicandum esset, nam operæ non minus, quam res, æstimabiles sunt, hinc præstitarum æstimatio perinde recte petitur, ac impensarum factarum restitutio. Ex *l. 28. locat.* quam *AUTOR* pro se allegat, ne quidem fidiculis adhibitis argumentum aliquod idoneum erui potest.

TIT. II.

DE HIS, QUI NOTANTUR INFAMIA.

OBSERV. LXXXI.

INfamia) Præsupponit Existimationem, de cujus indole & varietate *vid. PUFEND. de I. N. G. l. 8. c. 4. §. 1.* Hujus loci est existimatio simplex, qua quis pro homine probo habetur ac aptus est ad consequendam dignitatem aliaque jura in societate civili occurrentia. Hujus existimationis privatio, in genere dicitur Infamia.

OBSERV. LXXXII.

Juris infamia) Est species pœnæ, dum ob delictum

ctum lege positiva existimatio alicui ita aufertur, ut, emendato licet vitæ genere, macula tamen semper maneat, cujus *requisita*, *subjectum*, *effectum & contraria AUTOR* recenset, quæ passim interpretes explicant. Cæterum sicut in infamia tam irroganda, quam tollenda aut impedienda fortassis non ubique prudenter versati sunt Romani, ita in universum, infamia juris, quatenus viventibus imponitur, absurdum pœnæ genus censeri debet, neque enim delinquentes emendat, qui legitimus omnium pœnarum, viventibus imponendarum, est scopus, sed ad majora potius facinora patranda disponit.

2. Ex quo sequitur, quod merito illa pœna usum habere non debeat. Quousque tamen illa revera in usu sit, id ex observantia Regionum erit dijudicandum. Pœnam infamiæ in Frisia, maxime quoad injuriam, licet atrocem, non observari, contra *HERBAJUM & SANDIUM* testatur *HUBER. in Eunom. ad l. 1. de his, qui not. infam. n. 2. p. 135.* Contrarium de Saxonica asserit *CARPZOV. Pr. Crim. p. 2. qu. 94. n. 69.* sed cum magis ex abstracta juris ratione, quam usu hominum loqui, ex *p. 3. qu. 135. n. 52.* putat *HUBER. d. l.* adducens insuper sententiam *SCOTANI*, hodie non tam facile ad infamiam procedi existimantis.

OBSERV. LXXXIII.

Facti infamia) Hæc est nuda probitatis & hinc ortæ existimationis privatio (secus ac infamia juris, quæ maculam positivam velut inurit) hinc etiam emendato vitæ genere, ultro exspirat, non secus ac adveniente sole, tenebræ cessant. Effectus omnis hujus infamiæ est, quod homines probi ejusmodi infames aversentur, ac cum iis circumspecte agant. Quod autẽ

ejus-

ejusmodi infamibus dignitas negetur, cæterique effectus, quos *AUTOR lit. E.* recenset, hanc infamiam sequantur, id penitus falsum existimo, hæc enim aperte sibi contradicunt: *infamia facti sine imperii civilis notatione existit*, & tamen *habet effectus, qui ab imperio civili dependent.* Sola delicta & sententia hominum privata, neminem ad dignitates aliaque ejus generis, faciunt inhabilem, sed hic effectus â decreto Imperantis est. Imo tantum abest, ut infamia facti tollat dignitates, ut potius ejusmodi infames sæpe maximis in societate civili fruantur honoribus. Textus, quos *AUTOR* adducit, de *infamia juris* loquuntur, certe alium sensum bonis rationibus nemo iis tribuet.

OBSERV. LXXXIV.

Levis notæ macula) Est ineptitudo ad consequendas dignitates aliaque jura præstantiora, ex sordido vitæ genere, vel infelici nativitate proveniens. Non est infamia neque juris, neque facti, ceu male existimat *ARNISÆUS* relatus *ISINGIO de promot. honor. c. 4. n. 120.* nullum enim præsupponit delictum, cum infamia juris tamen in eo convenit, quod sicut illa ob delictum, ita hæc ob sordidum vitæ genus, vel infelicem nativitatem, volente lege, quem faciat inhabilem ad dignitatem similiaque jura consequenda. Ex quo etiam liquet, quod macula illa fortassis non inique imponatur, nec enim citra delictũ, pro probrosis, hi homines habentur, sed saltem aditus ad quædam jura ipsis negatur, quod aliis etiam in casibus evenire solet, qui tamen ab omni iniquitate vulgò absolvuntur. Quodsi tamen homines magis essent sociales & minus superbi, forsitan levis notæ macula non adeo esset cognita.

TIT. III.
DE PROCURATORIBUS ET DEFENSORIBUS.

OBSERV. LXXXV.

Procurator) notat perſonam moralem, i. e. perſonam cum certo aliquo jure & obligatione ſpectatam, cujus adeo conceptum tam in genere, quam in ſpecie, juxta varias circumſtantias, ſine juris Romani auxilio, nobis formare poſſumus, hinc definitio & diviſiones hic allatæ, non Romanæ, ſed omnibus hominibus communes cenſeri debent. Hoc loco præcipuè de Procuratoribus judicialibus agitur, ad *titulum* vero *Mandati* tractatio generalis inſtituitur.

OBSERV. LXXXVI.

Conſtituuntur mandato lit. E.) Conſtitutio Procuratoris judicialis fit quidem *mutuo conſenſu*, quod naturale eſt, ſed *modus* lege poſitiva determinatur ac ſanctione pœnali munitur, ceu *AUTOR lit. C.* explicat. Uti autem hæc res dubio procul ex peculiaribus Judiciorum Ordinationibus præcipuè diſcenda eſt, ita Jus Romanum in ſubſidium hic adhiberi poterit, *conf. BERGER. Reſolut. h.*

OBSERV. LXXXVII.

Obſervetur ſtilus curiæ illius, ubi Procurator datur lit. C.) hinc v. gr. Procurator in Saxonia conſtitutus etiam in Electoratu Brandenburgico recte aget, licet forte in hoc alius conſtituendi modus obtineat. Ita quidem ſecure Dd. pronunciant, ſed non ſatis convenienter imperio civili, quare præcedens ſententia non aliter locum habebit, quam ſi Dominus Territorii alterius leges ultro admiſerit.

OB-

OBSERV. LXXXVIII.

Constituunt Procuratores lit. S.) In personis constituentibus naturaliter requiritur (1) ut jus, intuitu cujus procurator constituendus, ad eas pertineat, vel saltem ex consensu domini de eo disponere illæ possint, *lit. S. n. 1.* circa quem domini consensum explicandum magnas partes habet Jus positivum. Sic juxta leges Romanas, Tutores ante L. C. saltem constituunt actores; Videtur tamen illa Legislatio non tam ad rem, quam nomen pertinere, ut mirum sit, quare augustum Judicium Camerale in causa illustri, tam anxie eam observandam existimaverit teste *MYNSINGERO d. l.* Amplius procurator alium constituere nequit jure civili, nisi post litem contestatam, & in Saxonia non aliter, quam si facultatem substituendi habeat, *vid. BERGER resolut. h. p. 87.* (2) ut usu rationis gaudeant *lit. S. n. 2. h.* ex quo libertas constituendi tamdiu præsumitur, donec restrictio legis positivæ occurrat, quæ quidem ex æquitate, quoad personas Judicii imbecillioris, in earum favorem fieri solet, *d. lit. S. n. 3. h.*

OBSERV. LXXXIX.

Constitui possunt omnes lit. P.) In personis constituendis naturaliter requiritur usus rationis & aptitudo negotium committendum peragendi, in quibus igitur horum defectꝰ occurrit, illi naturaliter impediuntur, cætera ex lege civili sunt. Interim quæstiones, *lit. P.* propositæ, hodie videntur esse otiosæ, si de procuratoribus judicialibꝰ, quod Tituli hujus scopus exigit, accipiantur, vel enim *certi procuratores in Judiciis sunt*, & tum cæteri omnes, licet alias satis habiles, excluduntur, *vel non sunt*, tum nemini, nisi qui Advocatus simul esse queat, munus procuratoris defertur.

OBSERV. LXXXX.

Ad aliena negotia lit. O.) Naturaliter *quavis jura* per procuratorem explicare, ac contra aliorum impetitionem *se defendere*, nec non *quasvis obligationes*, exceptis iis quæ corpus affligunt, per alium explere licet, sed lex positiva illam libertatem restringere aliquando solet quoad actus majoris momenti, v. gr. Juramenta & causas criminales ac matrimoniales *lit. O.* Porro juxta libertatem naturalem vel *specialiter* instruere possumus procuratorem, vel *generali consensu defungi*, sed iterum lex positiva subinde quoad certa negotia specialem consensum postulat *lit. O.* qua in re Jus Romanum usum habet subsidiarium.

OBSERV. LXXXXI.

Procurator loco domini negotia gerit. lit. E.) Inter Dominum & procuratorem ex negotio mandati reciproco obligatio jure naturali constituitur, quæ ad *Tit. Mandati* expendi solet. Hoc loco officium Procuratoris, intuitu litis, saltem proponitur, quod itidem naturale est, ac perspicue ita explicari potest: (1) *Procurator juxta fidem datam mandatum debet exequi*, adeoque etiam Dominum defendere, post sententiam appellare & ita porro. Hac de re judicandum ex consvetudine cujusvis Judicii, nec hodie defensio & appellatio erit necessaria. Quicquid autem ita gerit procurator, illud naturaliter utrique quidem, principaliter tamen Domino imputatur. Quod igitur post litem contestatam, procurator fiat dominus litis, totus processus in eum dirigatur, actiones utiles Domino acquirat *lit. E.* id ad subtilitates Romanorum judiciarias pertinet, quarum non magnus usus hodie esse videtur.

2. Quic-

2. Quicquid (2) *Procurator extra mandatum gerit*, v. gr. si sine illo transigat, solutionem acceptet &c. *illud domino non imputatur d. lit. E.* si vero (3) *negligens sit, domino ad interesse tenetur, negligentia vero*, qua v. gr. fatalia non observavit, *domino nocet ejusque adversario prodest.* Videtur enim dominus, intuitu adversarii sui, in negligentiam procuratoris consensisse, dum homini negligenti negotia commisit. Quia tamen hic consensus non usque adeo liquidus est, hinc non iniquum est, soli procuratori negligentiam imputare. Sic in Tribunali Wismariensi negligentia circa fatalia commissa non nocet Domino, sed saltem punitur, *vid. MEV. p. 5. D. 207. add. BERGER in Resolut. b. qu. 2.* & sane minime sunt æqualia, *damnum ex oscitantia procuratoris non pati*, ac: *ambiguo sumtuosoque processu ejus pensationem ab eodem exigere.*

OBSERV. LXXXXII.

Finitur procuratoris potestas lit. D.) Sicut mutuo consensu potestas hæc constituitur, ita eodem medio etiam tollitur. Naturaliter igitur cessat (1) ob *mutuum dissensum*, nec opus erit hodie consensu adversarii, de quo *AUTOR* in *parenthesi*, quia ista necessitas fluebat ex apicibus processus Romani, (2) ob *dissensum unius re integra*, hoc enim natura negotii indulget, (3) *morte domini*, indicat enim defectum consensus, sed in judicialibus hic durat, non ob litem contestatam, uti de jure civili, sed ob expressũ mandatum, hinc *AUTOR*, dum ista recenset, fallaciam causæ committit. Si tamen principalis ipse litem egerit & mortuus fuerit, tum hæredem expresse litem reassumere debere censet *Dn. BERGER b. p. 92.* quia necessitatem re-

assumendi, eo saltem casu, *R. J. 1654.* aliæque ordinationes provinciales, eum secutæ, remittant, quo per Procuratorem actum est. Posset tamen heic opponi rationis paritas, cum enim in casu litis, per Procuratorem actæ, reassumtio cesset, non aliam ab causam, quam quia mandatum de hæredibus conceptum ipsisque adeo necessitas processum continuandi voluntate defuncti injuncta erat, hæc vero ratio altero casu, ubi Principalis ipse litem tractavit, etiam locum habeat, hinc & hoc reassumendi necessitas cessabit, (4) *morte procuratoris*, nam & hæc defectum consensus indicat plerumque, cum persona sit electa.

OBSERV. LXXXXIII.

Defensor) Speciale erat de Jure Romano, quod quis sine mandato alium defendere posset, modo certas cautiones præstaret. Sed illa Romana in plerisque Judiciis Germaniæ hodie cessabunt, in foro Saxonico certe cessant, ubi tam actoris, quam rei procurator mandato instructus esse debet, nec cum cautionibus heic memoratis admittitur.

TIT. IV.

QUOD CUJUS UNIVERSITATIS NOMINE VEL CONTRA EAM AGATUR.

OBSERV. LXXXXIV.

UNiversitates) Cum in Jurisprudentia jura hominibus competentia explicentur, hinc manifestum est, quod illa nihil ferè nisi personas morales, i. e. personas physicas cum aliquo jure spectatas, consideret, harum ergo conditio jura tractantibus debet esse cognitissima. Sunt

Sunt autem vel *singulares*, ut Advocatus, Procurator, Dominus &c. vel *composita*, quando plures personæ physicæ, certi juris gratia, consociantur. Ad hanc classem pertinet etiam *Universitas*, quam *AUTOR* nimis generaliter describit. Ex sententia *HUBERI in posit. h.* est *multitudo hominum certo sub regimine, permissu summæ potestatis, communis commodi ergo, consociata*, quam pluribus ille deinceps explicat.

OBSERV. XCV.

Syndicus) Ad exemplum aliorum hominum, etiam Universitas proprias res ac jura habet, ac varios actus in vita civili occurrere solitos suscipit. Sicut autem personæ singulares, prout visum fuit, vel immediate vel mediate agunt, ita Universitates, ob propriam sui conditionem, per alios regulariter agere debent, quos *Syndicos* dici moris est, horum igitur indolem & constitutionem *AUTOR lit. C. S. P. O.* adducit. Et constitutio quidem sine dubio naturalis est, quia mutuo consensu Universitatis & Syndici peragitur. Interim statuta positiva, quæ vel necessitatem hoc munus suscipiendi inferant, vel modum determinent, aut voluntatem constituentium recte explicent, similiaque definiant, intercurrere possunt, hinc Juri Romano in subsidium quoque hic locus erit. Denique officium tam Syndici, quam Universitatis, ejusque duratio, de quibus *lit. E.* ex principiis naturalibus dependet, juxta ea, quæ *observ. 91. 92.* diximus.

TIT. V.

DE NEGOTIIS GESTIS.

OBSERV. XCVI.

NEgotiorum gestio) Naturali æstimatione est tale negotium, *quo quis amici negotia ex sola amicitia,*

sine

ſine illius mandato, utiliter gerit. Atque juxta hanc nativam faciem, ſatis etiam habile eſt, ad obligationem reciprocam producendam. Geſtor enim ex *ſuo facto* obligatur, dominus verò ex *accepta utilitate*, hanc enim niſi rependeret, tum alterum læderet, quod jus naturæ prohibet. Romani ex falſa, ut videtur, hypotheſi, quaſi nulla obligatio efficax ſine conſenſu mutuo oriri queat, negotiorum geſtioni imaginem contractus affinxerunt, hinc illa dicitur *Quaſi contractus lit. D.* ſollicitudine & denominatione plane ſupervacanea.

OBSERV. XCVII.

Gerunt, qui non impediuntur lit. S.) In gerentibus uſus rationis requiritur hactenus, ut ad reſarciendum damnum aliàs gerentes obſtringi nequeat, cum enim ad hoc ex ſuo facto voluntario obligentur, obligatio illa neceſſariò ceſſabit, ſi gerens uſum rationis non habuerit, tum enim & geſtio, & damnum fuerunt fortuita. Ut autem quis ex geſtione, ad res, quas penes ſe habet, reddendas obligetur, aut etiam Dominus ei ad impenſas refundendas obſtringatur, ad hoc uſus rationis non eſt in gerente neceſſarius, hinc ſi v. gr. pupillus aut furioſus negotia geſſerint, ad damnum quidem reſarciendum non erunt obligati, quin tamen res domino reddere teneantur, ac impenſas utiliter factas recuperare queant, dubium non eſt, nam lex naturalis, ſine voluntate prævia, has obligationes introducit, *add. l. 3. §. 4. h. t.*

OBSERV. XCVIII.

Nec prohibentur d. lit. S.) Si prohibitio impedimentum naturale præſupponat, ut in furioſis & pupillis, tum aſſertio bene ſe habet, ſed ſi ſimplex ſit, tum falſa

falsa est,& male omnino *impediti* ac *prohibiti* conjunguntur; fac mulierem aut prodigum (qui aliàs solitarie pacisci prohibentur) aliena gerere negotia, ac damnum dare; ad hoc resarciendum utique tenebuntur, quia sua voluntate nocuerunt, secus ac illi, quibus usus rationis deest, ex quo disparitatis ratio etiam satis elucet. Nihil etiam domino imputari potest, sicut in contractibus, cum personis ejusmodi initis, nam hic, domino ignorante, sese negotiis ejus immiscuerunt.

OBSERV. XCIX.

Modo hoc faciant animo inducendæ obligationis d. lit. S.) Ratione *gestoris obligati* hoc non præcipiendum,quia animus ex ipso gestionis facto satis apparet, pertinet ergo ad *dominum obligandum*, ut enim hic obstringatur, in gerente animus obligandi requiritur, nam alias si donandi animo ad aliena negotia accedat, impensas factas non recuperabit.

OBSERV. C.

Geruntur omnium lit. P.) Ratio est, quia obligatio hic sine consensu, ob acceptam utilitatem, lege naturali introducitur,hinc eos quoque afficit, qui consentire non possunt. Et obligantur quidem personæ hæ inhabiles,mero jure naturali,*simpliciter ex utili gestione*, postquam enim gestor aliquid impendit, adeoque utilitatem personis illis attulit, tum ad ejus pensationem obligantur, quia secus faciendo gestorem læderent, & licet casus emolumentum collatum auferat, obligatio tamen manebit,quia damnum fatale est,gestor autem utilitatem cum suo damno revera contulit. Positivum ergò est, quod pupillus saltem teneatur, *si locupletior factus lit. P.* quod velut speciale,

ad

ad alias personas inhabiles non esse extendendum, recte admonet *EKHOLT h.* §. *4.*

Observ. CI.

Negotia aliena lit. O.) Negotiorum gestio versatur circa negotia(1)aliena,(2) quae gerens talia scit,eademque(3) bona fide ac utiliter, citra (4) praeviam necessitatem arctiorem,ex sola humanitate gerit*lit.O fr.* in quibus aestimandis Romani nonnunquam fuerunt nimis rigidi,sed cum omnis ille rigor ad diversa actionum nomina pertinuerit, ejus non magna hodie videtur esse habenda ratio. Inprimis otiosum videtur, scientiam praecise requirere, ac ei, qui negotia aliena, tanquam sua,ignorans gessit, actionem N. G. negare, nam talis errans duplicem habet intentionem, & sua, & si sciret, aliena negotia gerendi,hinc etiam ipsi Romani commentum suum, simili commento mox eluserunt, data actione N. G. utili.

Observ. CII.

Inde nascitur mutua obligatio lit. E.) Officium Gestoris juxta Jus naturale est, (1) ut rationem reddat,(2) residua inferat, ac (3) damna voluntariò data resarciat, pro damno autem interceptio lucri quoque habetur, nam ad haec omnia ex suo facto teneri Gestorem, recta ratio facile ostendit, hinc Romanis hactenus nihil debetur. De qua tamen culpa gestor teneatur, anceps inter interpretes est quaestio, *vid. EKHOLT h.* §. *8.* Caeterum uti fortassis haec res magis in scholis, quam foro auditur, cum in vita civili plerumq; non tam de *gradu* culpae, quam ejus *existentia*, seu an in universum aliqua culpa commissa sit? quaeri soleat, ita, si omninò aliquid heic dicendum sit, putarem distinguendum esse juxta aequitatem naturalem,

an

an *gestor nullam attulerit utilitatem?* hoc casu omnem culpam meritò præstat, cum enim Dominus, utpote ignorans, in nullam consenserit, omnis præstanda erit, cum hic eadem ratio sit, quæ in casu damni injuria dati, ubi culpam etiam levissimam præstandam esse, recte Romani agnoverunt in *l. 44. ad L. aquil.* an *aliquam attulerit?* tum dominus, in vicem velut gratitudinis, minimam culpam negligere, nec eo nomine rationem poscere debet, sed gestor saltem de levi, imo si beneficium majus fuerit, tantum de lata tenebitur, quod *AUTOR ex l. 3. §. 9. h.* notat, quod si tamen alius, citra compensationem humanitatis exhibitæ, gerere negotia voluerit, sed ob alterius interventum abstinuerit, tum gestor ad levissimam quoque erit obligatus. Juxta quam æquitatem Jus Romanum commode etiam accipi posse videtur. De casu non tenebitur, nisi culpa præcesserit, quo pertinet *l. 6. §. 3. l. 11. h. t.*

OBSERV. CIII.

Dominus negotii d. lit. E.) Hic Gestorem debet indemnem servare ex lege naturali, nec opus est asserendæ obligationi, cum Romanis fingere vel præsumere ejus consensum, nam *allata utilitas* ad hoc sufficit, nisi enim hanc dominus rependeret, tum cum alterius damno vellet fieri locupletior, quod legibus naturalibus prohibitum, manet autem illa obligatio, licet collatam utilitatem casus interceperit, hunc enim gestor impedire non potuit, & nimis inhumanum fuerit, ab ejusmodi eventibus obligationem velle suspendere. Quod si uterque suo officio ultro non satisfaciat, *actione* cogitur, cujus *nomina,* juxta usum Juris Romani, *AUTOR* indicat *lit. D.* quæ hodie non *ne-*

cessa-

cessaria, sed *arbitraria* sunt. De lectione & sensu *l.47. h.t.* autem, videsis ea, quæ contra censores admonuit *HUBER. in Eunomia ad d. l. 47.*

TIT. VI.

DE CALUMNIATORIBUS.

OBSERV. CIV.

Calumniatores) Hi dubio procul ex delicto suo naturaliter ad resarciendum damnum sunt obligati, præterea verò jure Romano puniuntur, de quo multa dicere non attinet, nam pœna illa Romana probabiliter in Germania usum non habet, non quod sit abrogata, sed potius quod nunquam sit recepta, id quod ex *constanti non usu*, qui positivam rejectionem omninò involvere videtur, satis liquet, nec possunt commode ejusmodi pœnæ adhiberi, plerumque enim homines inopia moventur ad hæc & similia delicta patranda, adeoque pœnam pecuniariam graviorem solvere nequeunt.

LIB. IV. TIT. I.

DE RESTITUTIONE IN INTEGRUM.

OBSERV. CV.

Restitutio in integrum) Seposito jure Romano, duo sunt, quæ vim legum temperant, *dispensatio* & *Interpretatio*, quos diversis plane regulis niti, manifestum est, illa enim casum sub lege comprehensum, eximit pro autoritate, hæc eum nunquam sub lege fuisse comprehensum ostendit, illa fit à Legislatore, non verò à Magistratibus inferioribus, nisi illius permissu, hanc vero Magistratus & interpretes facere debent,

potest

poteſt etiam eadem à Legislatore ipſo vel in ipſa lege, vel ex poſtfacto fieri.

2. Ulterius quoad Interpretationem, nihil intereſt ſive fiat ab ipſa lege, dum v. gr. quosdam caſus à ſua diſpoſitione diſertè illa excipit, ſive fiat juxta legis mentem, à Judice & Interprete, nam hujus rei, mero jure naturali, idem videtur eſſe effectus eademque duratio. Hinc juxta æquitatis naturalis philoſophiam, *ipſum jus* & *juris interpretatio* non differunt, & perinde eſt, utrum dicas v. gr. actum metu initum eſſe ipſo jure nullum, an mediante genuina legis interpretatione enervandum.

3. His præſuppoſitis, Reſtitutio in integrum rectius explicari poſſe videtur. Scilicet *Reſtitutio gratiæ* ſatis apertè *ſpecies diſpenſationis*, adeoque non Romana, ſed juris Gentium eſt. *Reſtitutio* verò *juſtitiæ*, fori Romani videtur inventum, nam ſub hoc nomine revera conflatur *Diſpenſatio* & *interpretatio doctrinalis*, ac utraque ita conflata, opponitur interpretationi *legali*, ſeu *ei, quod fit ipſo jure*, ita quidem, ut inter *reſtitutionem* & *ipſius juris auxilium* multum interſit, ſi *effectum* & *durationem* ſpectes, id quod ſane ſpeciale eſt, nec facile extra forum Romanum, apud alias Gentes reperietur.

4. Redolere autem iſtud Reſtitutionis inventum corruptionem fori Romani, ſatis quidem videtur liquidum. Nam (1) iſta diſpenſationis & interpretationis commixtio Judicibus præbet occaſionem involandi in jura ſummorum Imperantium; (2) interpretatio, reſtitutionis nomine malè involvitur, nam inde nihil niſi ambages oriuntur, dum ſummum aliquod ius, actusque iuxta illud validitatem, nec non

ejus reſciſſionem adſtruere debemus, cum tamen ſine iſto circuitu planior omnis res ſit, ſi actum ex ſententia legis non valere contendas;(3)diſcrimen reſtitutionis & ipſius juris, non alio fine videtur excogitatum, quam ut homines eo magis irretiri ac lites multiplicari poſſent.

5. Meritò igitur hac in parte Jurisprudentiæ ſuccurrendum eſſet ea ratione, ut *diſpenſatio* & *interpretatio* ſepararentur, ac unaquæque ſubiecto habili relinqueretur, reſtitutionis in integrum nomine, vel plane expuncto, vel ad ſolam diſpenſationem relato. Poſtea interpretatio *doctrinalis* & *legalis* ſeu *ipſum jus* exæquanda, quoad effectum & durationem, forent. Sic auferetur occaſio Magiſtratibus,reſtitutionis prætextu,leges latas eludendi,major erit hac in parte certitudo, nec ingenia diſcentium ambigua & inficeta doctrina corrumpentur. Interim Romana illa in Germania ex parte obtinent, ex parte ceſſant, ceu ex ſequentibus magis apparebit.

OBSERV. CVI.

Eſt auxilium Prætoris extraordinarium lit. D.) Uti diſpenſatio & interpretatio plane differunt, ita licet à Romanis, ſub nomine reſtitutionis in integrum, ſint compacta, diſcrimen tamen earum ideo tolli non potuit, ſed ipſa reſtitutio diverſam habet faciem, prout vel ad diſpenſationem vel interpretationem propius accedit. Hinc licet juxta apices juris Romani,in genere illa dicatur *Remedium extraordinarium*, certum tamen eſt, quod id nominis magis mereatur,ſi de lege diſpenſet, quam ſi eam interpretetur, hinc contra lapſum fataliumMinori reſtitutionem in integrum non elective, ſed in ſubſidium ſaltem concedi, ex *l. 13. §. fin.*

fin. C. de judic. admonet *Dn. BERGER. in resolut. b.* nam restitutio talis sat apertè dispensationem redolet.

OBSERV. CVII.

Introductum à Pratore lit. C.) Verum hoc est, si restitutionem cùm peculiari sua forma, quam *observ. 105. n. 3. 4. 5.* delineavimus, consideres, nam aliàs dispensationem & interpretationem, ex quibus illa conflata est, à Prætoris Romani provisione non dependere, sed omnibus gentibus esse communes, satis patet.

OBSERV. CVIII.

Conceditur à Magistratu majori lit. C.) Admitti hoc debet, si restitutio ad dispensationem magis accedat, nam si interpretationi fuit propinquior, etiam Magistratus minor ejus peragendæ jus habuit, hinc dubium non est, quin Magistratus municipalis & judex pedaneus, de negotio coacto vel doloso cognoscere potuerint, quare etiam Prætor, quando de restitutione doctrinali agit, se *judicium esse daturum* profitetur *l. 1. §. 1. de dol.* sed *animadversurum*, quando de authentica ipsi sermo est, *l. 1. §. 1. de minor.* ista enim nota Prætoris & Judicis potestatem distingui monet *HILLIG. ad Donell. l. 21. c. 4. lit. a.* nec obstat, quod restitutio sit remedium extraordinarium, adeoque Judicem pedaneum admittere non videatur, nam ita dicitur non ratione *processus*, sed *juris civilis*.

OBSERV. CIX.

Hodie omnes restituunt d. lit. C.) Observata tamen restitutionis differentia, nam si eadem dispensationis rationem habeat, ut si contra elapsum fatale, aut totum processum illa sit concedenda, tum Magistratus subalterni eam merito omittere debent, nisi forte ca-

ſus in jure civili ſint expreſſi, horum enim intuitu facultas reſtituendi videtur eſſe conceſſa.

OBSERV. CX.

Ob cauſam metus) Juxta duplicem illam reſtitutionis faciem pleraque, quæ ſequuntur, ſunt intelligenda; Nam ſi *cauſas* ſpectes, facilius habet locum reſtitutio, quæ interpretatur, quam quæ diſpenſat, porro quoad *modum petendi*, aliquid intereſt, nam pro obtinenda diſpenſatione authentica, plerumq; peculiaris imploratio inſtitui ſolet, aſt interpretationem ſeu reſtitutionem doctrinalem incidenter petere & obtinere licet. Quoad *Perſonas*, de quibus *lit. S. P.* diſcrimen illud forte non adeò obſervandum, ſed intuitu *negotiorum*, de quibus *lit. O.* id iterum ſe exſerit, nam validiora ſunt negotia, quæ per diſpenſationem, quam quæ per interpretationem reſcinduntur, & quis dubitet, præſcriptionem juxta omnia requiſita contra abſentem completam, eſſe validiorem promiſſione coacta? hæc enim aliaque ejus generis negotia, revera ſaltem à Romanis valida putantur, & *ſummum jus*, quod hic in ore habent, ſumma eſt injuria, vel otioſum fori Romani commentum.

OBSERV. CXI.

Non etiam contra Parentes) Non de quavis reſtitutione *d. l. 2.* eſſe accipiendam, ſed ſaltem de ea, quæ ob lubricum ætatis fieri ſoleat, hancq; tantum in ea contra ipſos parentes, non verò contra tertium negari, pluribus oſtendit *Dn. BERGER. in* peculiar. comment. *ad d. l. 2.* In ſpecie reſpondet (1) ad *l. 2. ſi adverſ. donat.* eam loqui de caſu, ubi ex facto paterno contra tertium petatur reſtitutio; (2) *ad l. 3. §. 7. de minor.* quæ ejusdem eſt argumenti; (3) *ad l. 2. C. ſi adv. rem. judic.*

judic. nempe ibi dari quidem restitutionem contra Patrem, non tamen contra factum Patris, sed Judicis, i. e. sententiam. Sed (4) in *l. 3. §. 5. de minor.* vestigium juris antiqui, *l. 2. C. qui & adv. quos.* abrogati superesse putat, quod tamen (5) *de l. 3. §. 6. de minor.* & (6) de *l fin. §. 2. in fin. C. de bon. quæ lib.* non dicendum, ad quas facilis est responsio. Juxta hæc adeo exceptio, quam *ex Nov. 115.* AUTOR hic adducit, juxta eundem sensum restrictum, s. de restitutione ob lubricum ætatis, erit quoque accipienda.

OBSERV. CXII.

Postulata restitutione lit. E.) Restitutionis effectus in genere est, quod actus alicujus susceptio vel amissio alicui non noceat. AUTORIS doctrina est particularis, respicitq; præcipue restitutionem Minorum contra contractus, nec non restitutionem, quam imminente executione, condemnatus contra totum processum postulat, quæ omnium maxime ad dispensationem accedit, adeoque Magistratibus subalternis interdicta censeri debet. *add. DECIS. SAXON. 15.*

TIT. II.

QUOD METUS CAUSA GESTUM ERIT.

OBSERV. CXIII.

Ex hac causa restituitur) Proponitur hic negotium in se licitum, ad quod gerendum quis vera & injusta vi fuit compulsus *lit. R. n. 1. 2. 3.* ac de ejus valore quæritur. Nimis autem manifestum est, juxta merum jus naturale, quod actus ejusmodi coactus haut valeat, quamvis enim coacte agens consenserit, ob delictum tamen cogentis, ad excitandam in coacto obligatio-

nem, consensus iste non sufficit. Ex quo consequitur, quod in foro civili coactus rem amissam ex jure antiquo vindicare, vel etiam pro ea conservanda & asserenda, exceptione & replicatione, juxta casuum diversitatem, uti queat. Porro certum est, quod cogens, perinde ut fur vel raptor, ratione rei ablatæ teneatur, quodque adeo ex suo delicto, actione personali queat conveniri.

OBSERV. CXIV.

Nam quæ metu fiunt, regulariter subsistunt d. lit. R. n. 3.) Romani naturalia illa, quæ modo retuli, quidem admiserunt, sed fori sui tricis eadem fœdarunt, hinc arbitrantur (1) *negotium coactum summo jure valere*, quod *AUTOR* hic refert ac valida satis ratione niti putat, sed frustra, esto enim, quod qualis qualis consensus in coacto sit, attamen ad excitandam in eo obligationem non sufficit, cum cogens ob delictum juri acquirendo sit inhabilis, (2) & *restitutione rescindendum esse*, hinc (3) *actio vetus nomen actionis utilis accepit.*

OBSERV. CXV.

Actionem quod metus causa) Delictum cogentis & inde ortam peculiarem obligationem agnoverunt quoque Romani, eoque nomine peculiarem hanc dedêre actionem, circa quam tamen etiam positiva interveniunt, quo pertinet (1) remedium rescindens & rescissorium, de cujus veritate in neutram partem certo pronunciare licet, cum processus antiquus non sit satis cognitus, (2) quod actio non detur contra hæredes, (3) quod intra annum ad effectum pœnæ consequendæ institui debeat.

2. Jam

2. Jam si quæras, quorsum pertineant illæ ambages Romanæ, aut quid intersit hic, utrum actum metu initum, *ipso jure nullum*, an *restitutione rescindendum* dicas, tum videtur omne discrimen ad processum & pœnam tripli pertinuisse, nam quoad ipsum damnum resarciendum, nihil inter ista discriminis est, restitutio enim in integrum, læso hic electionem tribuit ac perpetua est, perinde ac auxilium ipsius juris. Cum autem nec processus ille antiquus nec pœna tripli in usu sint, sed compellentes, perinde ut raptores, puniri soleant, *vid. CARPZ. Pr. Crimin. p. 2. qu. 90. n. 66.* hinc omnes illæ Romanorum ambages, ac speciatim restitutionis fabula, cessare quoque videntur, ut nihil nisi merum jus naturæ, *Observ. 113.* relatum, quantum ad damni restitutionem, in Germania obtineat. Ista tamen dispositio pœnalis, quam *AUTOR ex l. pen. C. h. t.* adducit, adhuc usum habebit.

TIT. III.
DE DOLO MALO.
OBSERV. CXVI.

AD restitutionem ex hac secunda causa) Consideratur hic dolus, quatenus circa contractus aliaque negotia licita occurrit, ac de ejus effectu, negotiorumque illorum valore quæritur. Mero jure naturali distinguendum est, utrum *dolus causam dederit contractui*, an *in eum inciderit*, vel *secutus sit*. Illo casu negotium erit volente læso nullum, adeoque ille exceptione, replicatione & actione, contra decipientem, pro casuum diversitate utetur. Isto sive secundo casu, amplius considerandum erit, quo loco illud, in quo dolus commissus est, à læso fuerit habitum, si enim

fuit principalis contrahendi causa, (ut si quis servum cocum habere velit, & alter per dolum illam qualitatem affirmet) tum contractus quoq; erit nullus, sicut in primo casu. Si vero illud non fuerit principalis causa, salvo negotio, ad interesse solum nascetur actio. Tertio vero casu, decipiens ad damnum pensandum erit obligatus, nam de valore negotii heic nulla est quæstio. Omnibus autem istis casibus de actionum nominibus non erit laborandum, cum naturaliter sufficiat, factum apte recensuisse, ac petitionem rite inde formasse.

2. Quodsi deceptus, ex negotio invalido, rem suam in alterum transtulerit, tum eam naturaliter ex dominio, quod salvum est, à quovis vindicare poterit, nam actio ejus fuit invita per ignorantiam, adeoque ad effectum amittendi dominii ei imputari nequit, maximè cum actio per vim extorta, quæ tamen aliquam in se continet voluntatem, & ideo mixta dici solet, dominium non auferat coacto.

3. Hæc naturalia, quæ simplicissima & maximè perspicua sunt, Romani (1) *ex parte admiserunt, ex parte neglexerunt, ac* (2) *de nominibus actionum, læsa concedendarum, ultra modum fuerunt solliciti.* Sed in Germania, inventa Romanis propria ferè negligi ac merum jus naturæ observari existimo, ut Romanis nihil nisi materiæ planissimæ corruptionem, ac inficeta præjudicia debere videamur. Interim ista bonorum malorumque commixtio efficit, ut plerique de usu hujus Tituli recte judicare nequeant, sed debebant illi meminisse, quod bona, quæ hic occurrunt, sine Romanis haberi queant, mala vero ab his unice sint. Verum de hoc paulo specialius videndum erit.

OB-

OBSERV. CXVII.

Atque contractum bonæ fidei ipso jure reddit nullum sign. †.) Primo igitur videndum, in quantum Romani in æstimando dolo, â simplicitate naturali defecerint necne. Præsuppoſita Terminorum explicatione, de qua *AUTOR n. 1. h. add. DONELL. C. J. C. l. 15. c. 40. lit. D. ſeqq. ibique Hillig.* dolus, qui cauſam dat, contractum bonæ fidei facit ipſo jure nullum, (hoc naturale) ſed contractus ſtricti juris ſubſiſtit, at reſcinditur, (hæ ſunt ambages fori Romani) Eas verò non obſervari puto; nam primo hoc diſcrimen non tam certo jure civili, quam antiquorum gloſſatorum, Ultramontanorum & Citramontanorum, diſputationib9 potius eſt introductum, ſed fac, niti illud certo jure civili pertinuit tamen unicè ad antiquum proceſſum formularium, nam alias, quoad damni reſtitutionem, inter *ipſum jus*, & *reſciſſionem*, nulla hic eſt differentia, utrumque enim remedium & pleniſſime læſo proſpicit, & perpetuum eſt. Jam cum proceſſus ille in Germania ſit incognitus, etiam conſectaria ceſſabunt!

OBSERV. CXVIII.

Rei quoque ex tali cauſa â Domino tradita, dominium transfertur in accipientem) Mirum ſit, ſi ex contractu ipſo jure nullo transferatur dominium! Hoc ſane (1) *non eſt naturale*, quomodo enim ſine ſuo conſenſu dominus amitteret naturaliter dominium? forte nec id (2) *jure Romano conſtitutum*, nam *l. 3. §. 8. de condict. c. d. c. n. ſ.* & *tot. tit. de condict. indebit.* loquuntur de errore ſimplici, ex eoque translationem dominii fieri docent, ſed ab hoc ad errorem, dolo elicitum N. V. C. *l. 7. de dol. & l. 3. C. ſi adv. libert.* agunt de datione libertatis, â qua iterum

ad quosvis contractus inferre non licet, cum illius intuitu multa singularia esse admissa, notum sit. Tandem *l. 10. C. de rescind. vendit.* loquitur de læsione modica, quare nec exinde regula generalis potest constitui. Atque hanc sententiam, quod jure civili dominium ex contractu nullo non transferatur, novissime defendit *JOH. VOET. in Commentar. ad ff. h. t. n. 3.* cuius pars prior *1698. Lugduni Batavorum* prodiit. Quodsi tamen quis ita jure civili, prout Autor præcipit, constitutum esse pertendat, tum (3) *dispositio inepta* videtur, cum enim in casu vis illatæ, vindicationem intuitu tertii possessoris concedant Romani, cur non etiam, si dolus intervenerit, inprimis cum illa actionem saltem faciat mixtam, hic invitam! hinc (4) forte *etiam non recepta*, quod praxis confirmat, intuitu Belgii, apud *VOET. d. l.* quoad alias regiones, apud *CARPZOV. p. 1. C. 28. D. 18. 19. RICHTER. Decis. 87. n. 8. 9. 10.* imo ipsum *AUTOREM* infra de *A. E. V. lit. E. p. m. 584.*

OBSERV. CXIX.

Et dolum incidentem, quo sponte contrahens, in re vel modo contrahendi decipitur) Ob hunc dolum, Romani contractum nullum aut rescindendum non putarunt, sed actionem saltem ad interesse dederunt, forte ideo, quod, cum quis liquida animi destinatione ad contrahendum accesserit, dolus incidens consensum quoad ipsum contractum exclusisse non videatur, id quod praxi etiam servari testatur *RICHTER d. l. n. 18.* ego tamen mentem læsi amplius considerandam esse existimo, juxta ea, quæ *observ. 116.* dixi, ratio enim hic allata universalis non est, nec semper obtinet.

OB-

OBSERV. CXX.

Ut nullum aliud subsit juris remedium n.3.) Sicut Romani in doli effectu, ac negotii eodem eliciti valore æstimando, a simplicitate naturali desciverunt, ut hactenus probavimus, ita præter eam, de nominibus actionum aut remediorum, quibus dolus vindicetur, ambiguam invexere doctrinam, ceu *observ. 116. n.3.* innuimus, de quo nunc videndum. Nimirum juxta diversitatem contractuum bonæ fidei & stricti juris, diversa erat & exceptionum (quæ modo contestandæ erant, modo actionibus inesse credebantur, quod mysterium explicat *BACHOV. de action. disput. 6. §. 21.*) & actionum ratio ac denominatio, & si juxta apices juris civilis, nulla actio amplius superesset, tum Prætor dabat actionem doli subsidiariam, quæ adeo, docente *AUTORE*, locum habebat, si dolo quis læsus esset minimum usque ad duos aureos, (ob quamvis tamen læsionem dolosam, licet minimam, actio in factum fuit concessa, *vid. DONELL. l. 15. c. 40. l. dd.*) nec aliud juris remedium suppeteret *n. 1. 2. 3.*

2. Cæterum ultimum requisitum non satis certum est, sæpe enim Romani actionem doli dederunt, ubi alia actio competere videbatur, hinc inter se pugnare videntur, (1) *l. 9. §. 4. de dol.* & *l. 69. de solut.* (2) *l. 18. §. 2. de dol.* & *l. 5. in fin. quib. mod. ususf. amitt.* (3) *l. 35. de dol.* & *l. 42. ad L. aquil.* (4) *l. 34. de dol.* & *l. 16. P. V.* (5) *l. 7. §. 6. de dol.* & *l. 1. §. 4. si quadrup. pauper. fec. dic.* in quibus componendis operose desudat *HILLIG. ad Donell. l. 15. c. 40. lit. P. AUTOR* quoque generalem conciliandi rationem *n. 3. b.* suppeditare voluit.

3. Nos illam omnem sollicitudinem hodie supervaca-

vacaneam arbitramur, cum manifestum sit, pertinere eam ad antiquum processum formularium, adeoque hoc cessante & illam cessare, quare hodie sufficiet, si quis exceptione & actione apta uti queat, de nominibus haut erit laborandum.

OBSERV. CXXI.

Actio de dolo est pratoria) Quodsi porro ipsam actionem doli consideremus, est quidem illa hactenus naturalis, quatenus ad damni restitutionem tendit, hinc etiam hodiè hoc nomine agitur. Sed insuper varia positiva circa eam occurrunt. Dicitur (1) *subsidiaria*, hoc cessare hodie, modo diximus, (2) *famosa*, hoc absurdum est, cum enim actio doli subsidiaria sit, quæ in locum actionis famosæ & non famosæ surrogari debeat, meritò indifferens fuisset formanda, nunc, ubi semper famosa est, evenit, ut non tantum idem delictum inæqualiter, sed & majus levi mitius puniatur. Sic in *l. 1. §. 4. de dol.* duplex perfidia, infamia non punitur, bene vero simplex; (3) *non datur contra hæredes in solidum*, hoc iniquum, cum in genere æquitati consentaneum sit, ut hæredes, qui bona accipiunt, ex iis solidum solvere debeant; hypothesis Romanorum contraria, nullo nititur fundamento. Porro audit (4) *arbitraria*, hoc ad processum antiquum pertinere manifestum est; denique (5) *intra biennium finiri debet*, id quod à nostris processibus penitus abhorret. Quodsi igitur vel maximè admittas, actionem doli subsidiariam adhuc esse in usu, ea tamen, quæ *n. 2. 3. 4. 5.* notavimus, meritò cessarent.

TIT.

TIT. IV.

DE MINORIBUS XXV. ANNIS.

OBSERV. CXXII.

Tertia causa restitutionis est) Minores, i. e. impuberes & minorennes, seu pupilli & adolescentes, ut alias, ita in rebus agendis præcipue, Judicio non satis firmato utuntur, æquitas igitur postulat, ut iis hac in parte succurratur, ipsa tamen hanc rem liquido satis non definit. Merito itaque in civitate, Imperium civile & leges positivæ id magis ad liquidum deducunt, dum ætatem, intra quam ad agendum personæ illæ inhabiles censeri debeant, definiunt, ipsis Tutores & Curatores adjungunt, sub quorum directione, cum aliis agant. Quodsi hac provisione non obstante, tamen in agendo lædantur, tum æquitas quidem postulat, ut iis succurratur, inprimis si non sola ætate, sed adversarii dolo læsio contingat, certior tamen hujus rei determinatio utique aliquid Autoritatis præsupponit, atque hinc invaluit *Restitutio in integrum*, qua efficitur, ne actus suscepti vel omissi, minoribus cum suo effectu morali imputentur iisque noceant, quæque hactenus merito id nominis gerit, cum Dispensationi Imperantis, quam interpretationi doctrinali, illa sit propinquior.

OBSERV. CXXIII.

Requiritur igitur) AUTOR eam non male explicat, dum considerat (1) Ejus *requisita lit. R.* ubi circa *n. 4.* observandum, quod adversarii malitia nec semper concurrat, nec etiam concurrere possit, cum sæpe minor solus agat v. gr. hæreditatem adeat aut repudiet, vel fatalia processus negligat, hinc juxta casus habiles

biles doctrina est intelligenda; (2) *petendi modum lit. Q.* ubi doctrina *AUTORIS* accipienda est de eo, quod plerumque fit, nam si res sit alienata, tum etiam aliquando, si minoris valde intersit, actione veteri illa repeti, atque ita restitutio incidenter peti ac obtineri potest, ceu ipse *AUTOR lit. P.* agnoscit; (3) *personam restituentem lit. C.* hodie eatenus Magistratus subalterni, restituere posse videntur, quatenus restitutio certo jure jam est determinata, casus autem dubii & majoris momenti, v. gr. si contra totum processum restitutio fieri debeat, Imperanti merito relinquuntur; (4) *personas restituendas lit. S.* (5) *contra quas sit restitutio lit. P.* (6) *negotia, quorum vis restitutione excluditur lit. O.* (7) *restitutionis effectum lit. E.* quæ doctrina particularis est, pertinetq; ad alienationes onerosas, hinc de effectu in genere judicari debet juxta casuum & objectorum varietatem; (8) *contraria lit. C.* & (9) *similia lit. SS.* Est utique magna ratio, ut Universitates jure minorum gaudeant, nam ob peculiarem suum statum, perinde ut infantes, negotiis suis rite præesse nequeunt, sed læsionibus valde sunt obnoxiæ.

2. Differt autem *restitutio* ab *auxilio ipsius juris* (1) ratione *probationis*, in illa læsio probari debet, in hoc saltem defectus requisitorum legalium, v. gr. quod tutor vel curator abfuerit, quod alienatio sine decreto Magistratus facta sit *&c.* quæ probatio priore longe facilior est; (2) *durationis*, spes restitutionis, post majorennitatem quadriennio excluditur, sed auxilium ipsius juris, quinque, decem vel viginti annos durat *l. fin. C. si maj. fact. alien. vid. AUTOR infra lib. 27. tit. 9. in fin.* (3) *effectus*, si alienatio sit ipso jure nulla, tum plenissime minori prospicitur, ac rem semper

pot-

poteſt repetere, aſt ſi contra eam reſtitui debeat, regulariter à tertio rem non repetit, ſed ſalvo contractu, ſaltem læſionis emendationem ab adverſario petit. Videtur tamen hæc differentia particularis eſſe ac ad contractus tantum pertinere, nam ſi minor fatalia negligat, aut aliud quid ſeorſim gerat, tum, quoad effectum, perinde erit, ſive ipſe jure tutus, ſive reſtituendus dicatur. Atque illa omnia hodienum quoque obtinent.

TIT. V.

DE CAPITE MINUTIS.

OBSERV. CXXIV.

Quarta cauſa reſtitutionis eſt capitis diminutio) Si quis per capitis diminutionem maximam & mediam, bona amittat, lex naturæ utique requirit, ut ſucceſſor creditoribus ſatisfaciat, de quo *AUTOR in fin. h. actio verò utilis* hodie eſt nomen arbitrarium, quo carere poſſumus. Si autem quis per emancipationem, capitis diminutionem minimam patiatur, tum per eam obligationes extingui cenſuerunt Romani, quod iniquum commentum alio commento eluſit Prætor, capite minutum in integrum reſtituendo *h. t.* Cæterum ſicut iſta reſtitutio forte jam jure civili evanuit, poſtquam emancipatio per imaginarias venditiones & manumiſſiones fieri deſiit, ita procul dubio ejus neque directus, quod *AUTOR* concedit, neque indirectus hodie eſt uſus. Interim alii, quibus dolet, quicquam ex quisquiliis Romanis perire, etiam hic uſum aſſerunt, *vid. STRAUCH. ad I. diſſert. 17. §. 11.*

TIT.

TIT. VI.

EX QUIBUS CAUSIS MAJORES XXV. ANNIS IN INTEGR. RESTIT.

OBSERV. CXXV.

REquiritur igitur) Etiam majores 25. annis nonnunquam actus suscipiunt vel omittunt, ex quo damnum pati vel lucro excidere queant, ut tamen æquitas, & interdum quidem satis evidens, iis succurri jubeat. Cæterum cum circumstantiæ, quas æquitas illa præsupponit, nonnunquam sint lubricæ, hinc hac sola via majoribus læsis aut lædendis satis prospici non potest, sed certior definitio ab imperio civili proficiscitur, ex quo oritur *Restitutio in integrum*, quæ hoc nomen recte gerit, cum ad Dispensationem proxime accedat.

2. *AUTOR* varios casus *n. 1. 2. 3.* recenset ac inprimis ostendit, quomodo præscriptio stricto jure completa, ob absentiam, restitutione temperari soleat, quæ specialius persequi jam non attinet. Unicum saltem annotamus, quod Magistratus subalterni clausula illa Prætoris: *si qua alia justa causa mihi videbitur*, de qua *n. 3. b.* abuti non debeant, si enim Major à rigore legis, per evidentes æquitatis rationes, eximi nequeat, aut casus certo jure non sit determinat9, tum à restitutione illi merito abstinent eamque Imperanti relinquunt, nam alias, si plus potestatis ipsis relinqueretur, leges omnes isto prætextu facile eluderent.

OBSERV. CXXVI.

Hisce Prætor varie succurrit lit. Q.) De hoc ex casuum varietate judicandum. In genere tamen dici pot-

poteſt, quod reſtitutio petatur vel *ſeorſim* per peculiarem implorationem, quod quidem tum præcipuè fiet, ſi reſtitutio dubia ſit & proceſſus principalis iam inceptus, e. gr. ſi quis contra elapſum fatale reſtitui velit, vel *incidenter*, per exceptionem vel actionem, ex iure veteri, quod videbatur amiſſum, reſultantem. Sic abſens rem ſuam ſtricto jure uſucaptam vindicat, oppoſitamq; præſcriptionis exceptionem replicatione elidit, nec opus eſt hodie, ut actionem veterem novo inſigniamus nomine vel dominium aut ſimile ius fingamus, hæc enim ſunt emblemata fori Romani.

OBSERV. CXXVII.

Interdum tamen hoc auxilium minori ſpatio durat lit. Q.) Videtur eſſe inanis ſubtilitas in *d. l. 26. §. 8. h.* nam eſto, quod v. gr. unius ſaltem diei reſtitutio fiat, attamen hunc per integrum annum utilem petere licet! Niſi forte hæc fuit Romanorum ſententia, ſi uſucapioni ante abſentiam fere completæ, breve tempus & minus annuo deſit, ac poſtea quis abſens eſſe cœperit, tum reverſo non integrum annum, ſed tantum temporis ſaltem, quantum, cum abeſſe incipiebat, uſucapioni currenti deerat, concedi. Poſt introductum quadriennium captioſas eiusmodi tricas ceſſare putem.

TIT. VII.

DE ALIENAT. JUDIC. MUTANDI CAUSA FACTA.

OBSERV. CXXVIII.

Est alienatio rei poſſeſſa doloſa) Contingere poteſt ut quis rem noſtram, quam poſſidet, ob metū futuræ liti dolosè alienet, tum ex iure noſtro naturaliter con-

tra novum possessorem agere, imo virtute ejusdem contra alienantem quoque, ad æstimationem rei alienatæ consequendam, experiri licet, quæ Romani quoque probarunt. Porro si quis contra novum possessorem agat, ac ea occasione peculiare damnum sentiat, tum is, qui dolose rem transtulit, ad id pensandum naturaliter est obligatus, sed Romani *summo jure* nullum remedium competere putabant, Prætor tamen *mediante restitutione* aliquod asseruit, quod *h. t.* explicatur. Hodie sine restitutionis figura, actio ipsa, quatenus naturalis est, locum quidem habebit, sed eam, ob probationis difficultatem, rarius institutum iri, plane existimem.

2. Cur ad materiam restitutionis non etiam referunt actionem Paulianam similesque, nam sicut rescissoria datur ob rescissam usucapionem, ita Pauliana ob enervatam alienationem, ut nimis manifestum videatur, utramque præsupponere restitutionem? Cur præcise sex restitutionis causæ asseruntur, quod *AUTOR* noster etiam bona fide hic commemorat? Videtur sane superstitionis quid hic intercurrere! Ego sic sentio: restitutionis figura Romana in plerisque exemplis hodie est otiosum nomen, hinc sive illud recites, sive omittas, rei ipsi nihil vel decedit, vel accedit. Interim otiosa à necessariis separasse, aut illa etiam expunxisse, ad doctrinæ soliditatem pertinet.

TIT.

TIT. VIII.
DE RECEPTIS, QUI ARBITR. RECEP. UT SENTENT. DICUNT.

OBSERV. CXXIX.

ARbitri) Sunt personæ morales, quæ principiis communibus, aliquando etiam certæ Reipublicæ propriis, producuntur, hinc ea, quæ *lit. D. D.* †. traduntur, à Romanis præcise peti non debent, nisi quod nonnullæ species iis fuerint propriæ, quæ hodie ignorantur, brocardicum autem illud: *quod compromissa sint stricti juris*, rejici debet, cum illa potius juxta circumstantias, iisque innexas interpretandi regulas consuetas, explicanda sint.

OBSERV. CXXX.

Causa efficiens est lit. C.) Constituuntur Arbitri *Compromisso*, quod juris Gentium est, nec adeo ratione ejus, in genere spectati, Romanis aliquid debemus. Absolvitur illud *consensu eorum, quorum interest lit. C.* quod itidem *Naturale*, non *Romanum* est. *Obligatio* ad dandum consensum, uti in aliis pactis, ita hic etiam regulariter non præcedit, sed ex *libertate* hoc negotium suscipitur, quæ etiam clausulas quasdam, juramentum vel pœnam, prout visum fuit, adjicit.

OBSERV. CXXXI.

Compromittere possunt lit. S.) Compromissum est instar transactionis, hinc *naturaliter* omnes compromittere possunt, quibus jura controversa competunt, ac sufficienti judicio gaudent, vel etiam, si alieno nomine compromittant, domini consensu satis sunt in-

ad quosvis contractus inferre non licet, cum illius intuitu multa singularia esse admissa, notum sit. Tandem *l. 10. C. de rescind. vendit.* loquitur de læsione modica, quare nec exinde regula generalis potest constitui. Atque hanc sententiam, quod jure civili dominium ex contractu nullo non transferatur, novissime defendit *JOH. VOET. in Commentar. ad ff. h. t. n. 3.* cuius pars prior *1698. Lugduni Batavorum* prodiit. Quodsi tamen quis ita jure civili, prout Autor præcipit, constitutum esse pertendat, tum (3) *dispositio inepta* videtur, cum enim in casu vis illatæ, vindicationem intuitu tertii possessoris concedant Romani, cur non etiam, si dolus intervenerit, inprimis cum illa actionem saltem faciat mixtam, hic invitam! hinc (4) forte *etiam non recepta*, quod praxis confirmat, intuitu Belgii, apud *VOET. d. l.* quoad alias regiones, apud *CARPZOV. p. 1. C. 28. D. 18. 19. RICHTER. Decis. 87. n. 8. 9. 10.* imo ipsum *AUTOREM* infra de *A.E.V. lit. E. p. m. 584.*

OBSERV. CXIX.

Et dolum incidentem, quo sponte contrahens, in re vel modo contrahendi decipitur) Ob hunc dolum, Romani contractum nullum aut rescindendum non putarunt, sed actionem saltem ad interesse dederunt, forte ideo, quod, cum quis liquida animi destinatione ad contrahendum accesserit, dolus incidens consensum quoad ipsum contractum exclusisse non videatur, id quod praxi etiam servari testatur *RICHTER d. l. n. 18.* ego tamen mentem læsi amplius considerandam esse existimo, juxta ea, quæ *observ. 116.* dixi, ratio enim hic allata universalis non est, nec semper obtinet.

OB-

OBSERV. CXX.

Ut nullum aliud subsit juris remedium n.3.) Sicut Romani in doli effectu, ac negotii eodem eliciti valore æstimando, a simplicitate naturali desciverunt, ut hactenus probavimus, ita præter eam, de nominibus actionum aut remediorum, quibus dolus vindicetur, ambiguam invexere doctrinam, ceu *observ. 116. n. 3.* innuimus, de quo nunc videndum. Nimirum juxta diversitatem contractuum bonæ fidei & stricti juris, diversa erat & exceptionum (quæ modo contestandæ erant, modo actionibus inesse credebantur, quod mysterium explicat *BACHOV. de action. disput. 6. §. 21.*) & actionum ratio ac denominatio, & si juxta apices juris civilis, nulla actio amplius superesset, tum Prætor dabat actionem doli subsidiariam, quæ adeo, docente *AUTORE*, locum habebat, si dolo quis læsus esset minimum usque ad duos aureos, (ob quamvis tamen læsionem dolosam, licet minimam, actio in factum fuit concessa, *vid. DONELL. l. 15. c. 40. l. dd.*) nec aliud juris remedium suppeteret *n. 1. 2. 3.*

2. Cæterum ultimum requisitum non satis certum est, sæpe enim Romani actionem doli dederunt, ubi alia actio competere videbatur, hinc inter se pugnare videntur, (1) *l. 9. §. 4. de dol.* & *l. 69. de solut.* (2) *l. 18. §. 2. de dol.* & *l. 5. in fin. quib. mod. ususf. amitt.* (3) *l. 35. de dol.* & *l. 42. ad L. aquil.* (4) *l. 34. de dol.* & *l. 16. P. V.* (5) *l. 7. §. 6. de dol.* & *l. 1. §. 4. si quadrup. pauper. fec. dic.* in quibus componendis operose desudat *HILLIG. ad Donell. l. 15. c. 40. lit. P. AUTOR* quoque generalem conciliandi rationem *n. 3. b.* suppeditare voluit.

3. Nos illam omnem sollicitudinem hodie super-

vaca-

vacaneam arbitramur, cum manifestum sit, pertinere eam ad antiquum processum formularium, adeoque hoc cessante & illam cessare, quare hodie sufficiet, si quis exceptione & actione apta uti queat, de nominibus haut erit laborandum.

OBSERV. CXXI.

Actio de dolo est prætoria) Quodsi porro ipsam actionem doli consideremus, est quidem illa hactenus naturalis, quatenus ad damni restitutionem tendit, hinc etiam hodie hoc nomine agitur. Sed insuper varia positiva circa eam occurrunt. Dicitur (1) *subsidiaria*, hoc cessare hodie, modo diximus, (2) *famosa*, hoc absurdum est, cum enim actio doli subsidiaria sit, quæ in locum actionis famosæ & non famosæ surrogari debeat, meritò indifferens fuisset formanda, nunc, ubi semper famosa est, evenit, ut non tantum idem delictum inæqualiter, sed & majus levi mitius puniatur. Sic in *l. 1. §. 4. de dol.* duplex perfidia, infamia non punitur, bene vero simplex; (3) *non datur contra hæredes in solidum*, hoc iniquum, cum in genere æquitati consentaneum sit, ut hæredes, qui bona accipiunt, ex iis solidum solvere debeant; hypothesis Romanorum contraria, nullo nititur fundamento. Porro audit (4) *arbitraria*, hoc ad processum antiquum pertinere manifestum est; denique (5) *intra biennium finiri debet*, id quod nostris processibus penitus abhorret. Quodsi igitur vel maximè admittas, actionem doli subsidiariam adhuc esse in usu, ea tamen, quæ *n. 2. 3. 4. 5.* notavimus, meritò cessarent.

TIT.

TIT. IV.
DE MINORIBUS XXV. ANNIS.

OBSERV. CXXII.

Tertia causa restitutionis est) Minores, i. e. impuberes & minorennes, seu pupilli & adolescentes, ut alias, ita in rebus agendis præcipue, Judicio non satis firmato utuntur, æquitas igitur postulat, ut iis hac in parte succurratur, ipsa tamen hanc rem liquido satis non definit. Merito itaque in civitate, Imperium civile & leges positivæ id magis ad liquidum deducunt, dum ætatem, intra quam ad agendum personæ illæ inhabiles censeri debeant, definiunt, ipsis Tutores & Curatores adjungunt, sub quorum directione, cum aliis agant. Quodsi hac provisione non obstante, tamen in agendo lædantur, tum æquitas quidem postulat, ut iis succurratur, inprimis si non sola ætate, sed adversarii dolo læsio contingat, certior tamen hujus rei determinatio utique aliquid Autoritatis præsupponit, atque hinc invaluit *Restitutio in integrum*, qua efficitur, ne actus suscepti vel omissi, minoribus cum suo effectu morali imputentur iisque noceant, quæque hactenus merito id nominis gerit, cum Dispensationi Imperantis, quam interpretationi doctrinali, illa sit propinquior.

OBSERV. CXXIII.

Requiritur igitur) AUTOR eam non male explicat, dum considerat (1) Ejus *requisita lit. R.* ubi circa *n. 4.* observandum, quod adversarii malitia nec semper concurrat, nec etiam concurrere possit, cum sæpe minor solus agat v. gr. hæreditatem adeat aut repudiet, vel fatalia processus negligat, hinc juxta casus ha-

biles

biles doctrina est intelligenda; (2) *petendi modum lit. Q.* ubi doctrina *AUTORIS* accipienda est de eo, quod plerumque fit, nam si res sit alienata, tum etiam aliquando, si minoris valde intersit, actione veteri illa repeti, atque ita restitutio incidenter peti ac obtineri potest, ceu ipse *AUTOR lit. P.* agnoscit; (3) *personam restituentem lit. C.* hodie eatenus Magistratus subalterni, restituere posse videntur, quatenus restitutio certo jure jam est determinata, casus autem dubii & majoris momenti, v. gr. si contra totum processum restitutio fieri debeat, Imperanti merito relinquuntur; (4) *personas restituendas lit. S.* (5) *contra quas fit restitutio lit. P.* (6) *negotia, quorum vis restitutione excluditur lit. O.* (7) *restitutionis effectum lit. E.* quæ doctrina particularis est, pertinetq; ad alienationes onerosas, hinc de effectu in genere judicari debet juxta casuum & objectorum varietatem; (8) *contraria lit. C.* & (9) *similia lit. SS.* Est utique magna ratio, ut Universitates jure minorum gaudeant, nam ob peculiarem suum statum, perinde ut infantes, negotiis suis rite præesse nequeunt, sed læsionibus valde sunt obnoxiæ.

2. Differt autem *restitutio* ab *auxilio ipsius juris* (1) ratione *probationis*, in illa læsio probari debet, in hoc saltem defectus requisitorum legalium, v. gr. quod tutor vel curator abfuerit, quod alienatio sine decreto Magistratus facta sit *&c.* quæ probatio priore longe facilior est; (2) *durationis*, spes restitutionis, post majorennitatem quadriennio excluditur, sed auxilium ipsius juris, quinque, decem vel viginti annos durat *l. fin. C. si maj. fact. alien. vid. AUTOR infra lib. 27. tit. 9. in fin.* (3) *effectus*, si alienatio sit ipso jure nulla, tum plenissime minori prospicitur, ac rem semper

pot-

poteſt repetere, aſt ſi contra eam reſtitui debeat, regulariter à tertio rem non repetit, ſed ſalvo contractu, ſaltem læſionis emendationem ab adverſario petit. Videtur tamen hæc differentia particularis eſſe ac ad contractus tantum pertinere, nam ſi minor fatalia negligat, aut aliud quid ſeorſim gerat, tum, quoad effectum, perinde erit, ſive ipſe jure tutus, ſive reſtituendus dicatur. Atque illa omnia hodienum quoque obtinent.

TIT. V.

DE CAPITE MINUTIS.

OBSERV. CXXIV.

Quarta cauſa reſtitutionis eſt capitis diminutio) Si quis per capitis diminutionem maximam & mediam, bona amittat, lex naturæ utique requirit, ut ſucceſſor creditoribus ſatisfaciat, de quo *AUTOR in fin. h. actio verò utilis* hodie eſt nomen arbitrarium, quo carere poſſumus. Si autem quis per emancipationem, capitis diminutionem minimam patiatur, tum per eam obligationes extingui cenſuerunt Romani, quod iniquum commentum alio commento eluſit Prætor, capite minutum in integrum reſtituendo *h. t.* Cæterum ſicut iſta reſtitutio forte jam jure civili evanuit, poſtquam emancipatio per imaginarias venditiones & manumiſſiones fieri deſiit, ita procul dubio ejus neque directus, quod *AUTOR* concedit, neque indirectus hodie eſt uſus. Interim alii, quibus dolet, quicquam ex quisquiliis Romanis perire, etiam hic uſum aſſerunt, *vid. STRAUCH. ad I. diſſert. 17. §. 11.*

TIT.

TIT. VI.

EX QUIBUS CAUSIS MAJORES XXV. ANNIS IN INTEGR. RESTIT.

OBSERV. CXXV.

REquiritur igitur) Etiam majores 25. annis nonnunquam actus suscipiunt vel omittunt, ex quo damnum pati vel lucro excidere queant, ut tamen æquitas, & interdum quidem satis evidens, iis succurri jubeat. Cæterum cum circumstantiæ, quas æquitas illa præsupponit, nonnunquam sint lubricæ, hinc hac sola via majoribus læsis aut lædendis satis prospici non potest, sed certior definitio ab imperio civili proficiscitur, ex quo oritur *Restitutio in integrum*, quæ hoc nomen recte gerit, cum ad Dispensationem proxime accedat.

2. *AUTOR* varios casus *n. 1. 2. 3.* recenset ac inprimis ostendit, quomodo præscriptio stricto jure completa, ob absentiam, restitutione temperari soleat, quæ specialius persequi jam non attinet. Unicum saltem annotamus, quod Magistratus subalterni clausula illa Prætoris: *si qua alia justa causa mihi videbitur*, de qua *n. 3. b.* abuti non debeant, si enim Major à rigore legis, per evidentes æquitatis rationes, eximi nequeat, aut casus certo jure non sit determinatus, tum à restitutione illi merito abstinent eamque Imperanti relinquunt, nam alias, si plus potestatis ipsis relinqueretur, leges omnes isto prætextu facile eluderent.

OBSERV. CXXVI.

Hisce Prætor varie succurrit, lit. Q.) De hoc ex casuum varietate judicandum. In genere tamen dici pot-

poteſt, quod reſtitutio petatur vel *ſeorſim* per peculiarem implorationem, quod quidem tum præcipuè ſiet, ſi reſtitutio dubia ſit & proceſſus principalis iam inceptus, e. gr. ſi quis contra elapſum fatale reſtitui velit, vel *incidenter*, per exceptionem vel actionem, ex iure veteri, quod videbatur amiſſum, reſultantem. Sic abſens rem ſuam ſtricto jure uſucaptam vindicat, oppoſitamq; præſcriptionis exceptionem replicatione elidit, nec opus eſt hodie, ut actionem veterem novo inſigniamus nomine vel dominium aut ſimile ius fingamus, hæc enim ſunt emblemata fori Romani.

OBSERV. CXXVII.

Interdum tamen hoc auxilium minori ſpatio durat lit. Q.) Videtur eſſe inanis ſubtilitas in *d. l. 26. §. 8. h.* nam eſto, quod v. gr. unius ſaltem diei reſtitutio fiat, attamen hunc per integrum annum utilem petere licet! Niſi forte hæc fuit Romanorum ſententia, ſi uſucapioni ante abſentiam fere completæ, breve tempus & minus annuo deſit, ac poſtea quis abſens eſſe cœperit, tum reverſo non integrum annum, ſed tantum temporis ſaltem, quantum, cum abeſſe incipiebat, uſucapioni currenti deerat, concedi. Poſt introductum quadriennium captioſas eiusmodi tricas ceſſare putem.

TIT. VII.
DE ALIENAT. JUDIC. MUTANDI CAUSA FACTA.

OBSERV. CXXVIII.

Eſt alienatio rei poſſeſſa doloſa) Contingere poteſt ut quis rem noſtram, quam poſſidet, ob metú futuræ liti adoloſè alienet, tum ex iure noſtro naturaliter con-

tra novum possessorem agere, imo virtute ejusdem contra alienantem quoque, ad æstimationem rei alienatæ consequendam, experiri licet, quæ Romani quoque probarunt. Porro si quis contra novum possessorem agat, ac ea occasione peculiare damnum sentiat, tum is, qui dolose rem transtulit, ad id pensandum naturaliter est obligatus, sed Romani *summo jure* nullum remedium competere putabant, Prætor tamen *mediante restitutione* aliquod asseruit, quod *h. t.* explicatur. Hodie sine restitutionis figura, actio ipsa, quatenus naturalis est, locum quidem habebit, sed eam, ob probationis difficultatem, rarius institutum iri, plane existimem.

2. Cur ad materiam restitutionis non etiam referunt actionem Paulianam similesque, nam sicut rescissoria datur ob rescissam usucapionem, ita Pauliana ob enervatam alienationem, ut nimis manifestum videatur, utramque præsupponere restitutionem? Cur præcise sex restitutionis causæ asseruntur, quod *AUTOR* noster etiam bona fide hic commemorat? Videtur sane superstitionis quid hic intercurrere! Ego sic sentio: restitutionis figura Romana in plerisque exemplis hodie est otiosum nomen, hinc sive illud recites, sive omittas, rei ipsi nihil vel decedit, vel accedit. Interim otiosa à necessariis separasse, aut illa etiam expunxisse, ad doctrinæ soliditatem pertinet.

TIT.

TIT. VIII.
DE RECEPTIS, QUI ARBITR. RECEP. UT SENTENT. DICUNT.

OBSERV. CXXIX.

ARbitri) Sunt personæ morales, quæ principiis communibus, aliquando etiam certæ Reipublicæ propriis, producuntur, hinc ea, quæ *lit. D. D.* †. traduntur, à Romanis præcise peti non debent, nisi quod nonnullæ species iis fuerint propriæ, quæ hodie ignorantur, brocardicum autem illud: *quod compromissa sint stricti juris*, rejici debet, cum illa potius juxta circumstantias, iisque innexas interpretandi regulas consuetas, explicanda sint.

OBSERV. CXXX.

Causa efficiens est lit. C.) Constituuntur Arbitri *Compromisso*, quod juris Gentium est, nec adeo ratione ejus, in genere spectati, Romanis aliquid debemus. Absolvitur illud *consensu eorum, quorum interest lit. C.* quod itidem *Naturale*, non *Romanum* est. *Obligatio* ad dandum consensum, uti in aliis pactis, ita hic etiam regulariter non præcedit, sed ex *libertate* hoc negotium suscipitur, quæ etiam clausulas quasdam, juramentum vel pœnam, prout visum fuit, adjicit.

OBSERV. CXXXI.

Compromittere possunt lit. S.) Compromissum est instar transactionis, hinc *naturaliter* omnes compromittere possunt, quibus jura controversa competunt, ac sufficienti judicio gaudent, vel etiam, si alieno nomine compromittant, domini consensu satis sunt in-

ſtructi, Leges civiles inhabilitatem certarum perſonarum certius definiunt, compromittendi facultatem iis adimunt, ac rationem inſtruendi Procuratores amplius determinant.

OBSERV. CXXXII.

Arbitri eligi poſſunt lit. P.) Ad arbitrum *naturaliter* requiritur *uſus rationis* & *rei decidendæ peritia.* His requiſitis qui deſtituitur, ad hoc munus adſpirare nequit. Sed lex civilis ulterius progreditur perſonasque naturaliter habiles, ut ſervos, minores repellit *lit. P.* ſub iis etiam comprehendunt Judices, non tantum pedaneos, ſed etiam Magiſtratus, quam communem ſententiam propugnat quoque *Dn. D. RITTER in diſp. inaugur.* de compromiſſ. for. Germ. *hab. Altorf. 1693.* Enimvero uti illi obeſt *l. 3. §. fin. l. 4. h. t.* ad quas vulgares reſponſiones, *vid. BACHOV. in Prot. h.* forte non ſufficiunt, ita *l. 9. §. 2. h. t.* quâ unice vulgo nituntur, eam non ſatis videtur ſuſtinere, nam commode accipi poteſt de *judice jubente & cogente* eo ſenſu: *Si quis judex eſt, arbitrium recipere ejus rei de qua judex eſt* (ſcilicet ſuo voto & per anticipationem, ſicut ſolemus, quæ optamus, ſtatim nobis tribuere) *inve ſe compromitti jubere* (quo nimirum Partes id, quod ſuo voto jam decreverat, in actum deducant, ac deſideratum & jam avidè arreptum, Arbitri munus, ei deferant) *prohibetur L. Julia.* ſic non opus erit, duos caſus, *judicis ſcilicet ultro*, & *coacte electi*, cum vulgari ſententia inde exſculpere. In aperto quoque eſt legis Juliæ ratio (in qua danda aliàs deſudant, *vid. RITTER. d. diſſert.*) nam æquitas naturalis ſaltem confirmatur. Ulterius ceſſabit quæſtio, an jus civile, vel jure Canonico vel moribus noſtris ſit mutatum, cum ni-

nihil peculiare illud constituerit. Sed hæc distinctius expediant, qui fori Romani historiam exactius callent. Aliàs circa compromissum etiam *quæstiones voluntatis* occurrunt, quales innuit *AUTOR lit. P. in fin.* quæ juxta communes conjecturas decidi debent.

OBSERV. CXXXIII.

Objectum sunt omnes controversiæ lit. O.) Quæ sunt privati arbitrii, nam ad alia, nullum pactum privatum extendi potest. Forte autem *res judicata* in illum censum non recte refertur, quid enim obstaret, quo minus partes judicio arbitri rem judicatam, quæ ipsis iniqua videtur, denuo subjiciant, *C. 11. X. de arbitr.* ex quo contrarium asseritur, rationes status papalis ac hierotyrannidem satis aperte redolet, ut inde regula confici non possit.

OBSERV. CXXXIV.

Finis est, ut lites abbrevientur lit. F.) Forte ut prolongentur & augeantur, qui enim lites seriò detestatur, is potius transiget, vel arbitratori rem, ex æquo & bono decidendam committet, qui vero in Arbitrum compromittit, ut is juxta consuetum processum rem definiat, is pruritum litigandi eo ipso satis ostendere ac novam instantiam quærere videtur, *l. 137. h. t.* quos *AUTOR* pro se allegat, saltem agunt, quod compromissa pertineant ad *lites finiendas*, id quod etiam de processu prolixissimo dici potest, non *abbreviandas*. *CARPZOVIUS* vero *d. l.* loquitur de alio compromisso, quo scil. in consueto judicio, processus ambagibus renunciatur. In universum hæc res non testimoniis, sed ex affectu hominum decidenda est.

OBSERV. CXXXV.

Coram arbitris observatur ordo judiciarius lit. Q.)

Inito compromiſſo officium arbitri eſt, ut juxta merita cauſæ & conſuetum vel conventione definitum, proceſſum, litem definiat, hoc enim promiſit adeoque naturale eſt, quod ſpecialius deducitur *lit. Q.* Latam autem ſententiam Partes ex eodem præcepto naturali obſervare tenentur, modo Arbiter bona fide verſatus ſit, nam in dolum ejus non cenſentur conſenſiſſe, quæ pluribus *AUTOR lit. E.* cum actionibus contra invitos comparatis, recenſet, ubi quidem ea, quæ de pacto ſimplici & confirmato recenſet, hodie amplius non ſunt neceſſaria, cum omni caſu ſolus conſenſus, ſeu ſimplex pactum ſufficiat.

OBSERV. CXXXVI.

Arbitri officium ſolvitur lit. C.) Tota hæc doctrina iterum naturalis eſt, nam omnes modi officium tollendi, ex voluntate paciſcentium efficaciam ſuam ſortiuntur. Hodie Arbitri compromiſſarii fortaſſis rarioris ſunt uſus. Aliàs laudantur *Compromiſſa fori germanici, vid. SCHILTER Exercit. 12. ad ff. th. 2.* quæ ſunt *conventiones, quibus litis ambages tolluntur, quo Judex competens vi jurisdictionis eo celerius controverſiam finire queat,* de quibus profeſſa opera egit *D. RITTER d. diſput. §. 19 ſeqq.*

TIT. IX.

NAUTÆ, CAUPONES, STABULARII UT ACCEPTA RESTITUANT.

OBSERV. CXXXVII.

DE *Receptis*) Proponitur hic obligatio eorum, qui ex hoſpitum receptione quæſtum faciunt, qua ad damnum, hoſpitibus penes ſe illatum, reſarciendum

dum obstringuntur. Quæ manifesta satis *æquitate* nititur, cum enim caupones, hospites velut ad se invitent, ac securam habitationem eo ipso promittant, hinc de omnibus, quæ diligentia humana præcaveri poterant, si invitis hospitibus accidant, respondere quoque tenentur. Interim *declaratio positiva* juris Romani obligationem illam facit certiorem. Juxta hæc igitur principia, expendi possunt (1) *obligationis fundamentum lit. C.* ubi non opus est receptioni imaginem contractus ficti affricare, cum ex præmissis vera obligationis causa satis appareat; (2) *personæ agentes lit. S.* (3) contra *quas agatur lit. P.* circa quod caput observandum, contra caupones cerevisias die Schenck-Wirthe hanc actionem etiam non dari, horum enim alia est ratio, cum ad eos non ex necessitate aliqua, & animo commorandi, sed saltem lætitiæ, mox transituræ, causa homines divertere soleant, *vid. LYNCKER. Res Decis. Jenens. Dec. 331.* (4) *materia,* quæ petitur *lit. O.* ubi, quæ de casu fatali non præstando *AUTOR* dicit, de casu extrinsecus contingente sunt accipienda, nam quatenus à facto hospitum idem dependet, eatenus de eo cauponem cæterosque teneri, paulo ante dicitur.

OBSERV. CXXXVIII.

Altera actio est in factum) Quod si Hospes læsus ostendere possit, se ab hominibus liberis, qui ministerium in caupona præstant vel ibidem habitant, damnum accepisse, tum caupo propter *culpam*, quâ ejusmodi homines penes se habet, ad damnum resarciendum tenetur *lit. C. S. P.* quod naturale est, sed lex civilis transmissionem hujus obligationis in hæredes male negat, *lit. P.* ac insuper delinquentem al-

tero tanto punit *lit. O.* quæ pœna probabiliter non est recepta *lit. I. n.* quod ex constanti non usu apparet. Juxta hæc huius actionis nulla est utilitas, nam ob solum damnum restituendum rectius agitur actione præcedente *de Recepto*, cum sit expeditior nec in ea præcise probari debeat, à quo damnum sit datum.

OBSERV. CXXXIX.

Concurrit cum hac, sed elective lit. SS.) Cum famuli & inquilini, procul dubio, ex suo quoque delicto teneantur, *naturaliter* is ordo videtur, ut illi *principaliter*, caupo verò *in subsidium* sit obligatus, illi enim positive damnum dederunt, hic verò languidius sua negligentia saltem ad id concurrit, iuxta hæc adeo hospites læsi non *electione*, ut *AUTOR* docet, sed *successione* gaudebunt. Cum tamen Hospitibus magis prospectum sit, si contra Caupones statim ipsis agere liceat, præterea hi contra famulos & inquilinos citius regressum habere queant, hinc nec iniqua est altera explicatio, qua *Electio* hospitibus læsis asseritur.

OBSERV. CXL.

Cessant duæ prædictæ actiones lit. C.) Naturale est, ut læsus agere nequeat, si in damnum vel directe, dum eo modo se recipi passus est *n. 1.* vel indirecte, culpam committendo *n. 2. b.* consenserit. Hinc quæritur, si in urbe aliqua populosa v. gr. Lipsiæ, tempore nundinarum, ubi plures aurigæ & equi in cauponis stabulari solent, fur aliquis audacior stabulum intret, ac aquationis vel simili prætextu, non secus ac si equisonis munere fungeretur, nonnullos equos abducat & hoc modo furetur, an Caupo ad damnum resar-

resarciendum sit obligatus? Negandum putarem, quia læsi culpa concurrit, nam ejusmodi rebus, quæ arctam custodiam non recipiunt, sed ad eas multis patet aditus, custodem apponere debebat.

LIB. V. TIT. I.

DE JUDICIIS ET UBI QUISQUE AGERE VEL CONVENIRI DEBEAT.

OBSERV. CXLI.

Hic denotat instantiam judicialem) Judicia (cujus nominis variam significationem videre licet in *l. 12. §. 2. de judic. l. fin. §. 1. de inoffic. testam. tot. tit. si quis cautíon. in judic. sistend. caus. fact. l. 13. de judic. l. 2. §. fin. eod. add. SPEKHANS Centur. 3. class. 3. qu. 1.*) Respublicas necessario consequuntur, cum aliis enim juribus, *jus* quoque *judicandi*, in Imperantem transfertur, hinc orta inter subditos controversia, non debent hi sibi ipsis jus reddere, sed potius in Judiciis ab Imperante constitutis, litigandum ipsis est. In universum igitur Judicia accipiuntur vel pro *collegio personarum, vi judicandi ab Imperante instructarum*, vel pro *complexu actionum variarum, juris cum effectu habendi causa susceptarum*, quo pertinet *AUTORIS* definitio; hoc respectu judicium etiam dicitur *Processus*, quæ omnia non Romana, sed iuris Gentium sunt.

OBSERV. CXLII.

Varie dividitur) Judiciorum varietas oritur à circumstantiis partim *communibus*, partim *certæ alicui Reipublicæ propriis*, hinc species nonnullæ ubique

 occur-

occurrunt, quædam verò ad certas tantum civitates pertinent, *add. SPEKH. d. l. qu. 2. n. 2. HAHN ad Wesenb. h. n. 5.* Ex quo liquet, in hac tractatione pauca vel nihil nos debere Romanis, communia enim sine iis intelligimus, Judicia vero Romanis propria apud nos exulant.

OBSERV. CXLIII.

Constituitur judicium per litis contestationem lit. C.) Verum hoc est de processu Romanorum antiquo, *conf. DONELL. Comm. jur. Civ. l. 23. c. 3. ibique Hillig.* sed in Germania Judicium constitui videtur per citationem, oblato actionis libello, factam, ut malè omnino, quæ de antiqua litis contestatione in jure Romano habentur, ad modernam trahantur, plus videtur hac in parte obesse, quam prodesse jus Romanum!

OBSERV. CXLIV.

Hodie facta censetur) Consistit utique litis contestatio in contradictione Actoris & Rei quoad causam principalem, plerumque tamen illa pro sola Rei responsione supponitur, prout *AUTOR* ipse ad hunc significatum delabitur, dum *modum* & *divisiones* persequitur. De cætero, jure naturali facultas respondendi utique Reo concedenda est, modum verò respondendi leges positivæ definiunt, qua in re magis ad Ordinationes processuales cujusvis Territorii, quam jus Romanum respiciendum esse, facile liquet. Forte etiam nonnulla intercurrunt, quæ Fori corruptionem redolent.

OBSERV. CXLV.

Persona judicii lit. S.) Doctrina de Personis Judicium constituentibus, qualem *AUTOR* hic adornat,

nat, non Romana, ſed omnibus gentibus communis eſt, nam ex definitione Judicii, neceſſitas trium perſonarum, actoris, rei & Judicis reſultat, ut autem perſonæ aliæ accedant, id neceſſitas expedientiæ & commoditas poſtulant, quæ omnibus hominibus iterum ſunt communes. Proprior verò cujusvis Judicii habitus, dubio procul non ex jure Romano, ſed propriis ſtatutis intelligi debet.

OBSERV. CXLVI.

Actor, qui actionem intendit) Quid actor ſit, ex communibus intelligitur principiis. Naturaliter autem ad agendum habilis eſt, qui jus controverſum habet, ac ſufficienti judicio pollet, quod ultimum leges civiles ſæpe diſtinctius definiunt, quarum uſus ſubſidiarius eſt. Porro illud naturale eſt, ut quis ſaltem agere *poſſit*, non *debeat*, niſi forte obligatio eo nomine ſit legitimè conſtituta.

OBSERV. CXLVII.

Reus, qui etiam fugiens dicitur) De Rei *conceptu* & *habilitate* idem, quod modo aſſeruimus, dicendum. *Obligationem* vero quod attinet, fugere reus *non debet* naturaliter, ſi actori revera ſit obligatus, ſed hoc officium poſſe ſtrenue negligere, inter artes vulgò habetur. Si vero nihil debeat, tum *poteſt*, imo in Judicio criminali, ubi de corpore, exiſtimatione vel vita agitur, *debet* fugere.

OBSERV. CXLVIII.

Judex eſt perſona) Quid Judex ſit, ex indole civitatum, ab omnibus intelligitur. Tractatio autem hæc videtur melius ſic proponi poſſe: Judex ſpectatur vel ut *conſtituendus*, vel ut *conſtitutus*. Circa illum ſpectatur (1) *habilitas*, quæ, ſi actu judicare debeat,

beat, naturaliter ex *usu rationis*, *juris peritia* ac *morum probitate*, videtur æstimanda, cætera sunt ex jure positivo *lit. R. b.* Et nisi fallor, illa in Germania non ita simpliciter obtinent, quia satis aperte spectant ad judices pedaneos actu judicantes, hodie autem jurisdictio in patrimonium personis etiam inhabilibus concedi solet. Interim possunt applicari ad eos, qui actu judicia exercent, *add.* DECIS. SAXON. NOVISSIM. 39. (2) *actus constitutionis*, absolvitur delatione Imperantis & acceptatione Judicis, qui promissionem jurejurando utplurimum confirmare debet, *vid. l. 14. C. de Jurisdict.* Atque hæc ferè apud omnes Gentes obtinent, *modus* autem *constituendi* â statutis specialibus dependet. In Judice constituto occurrit *jus* (quod in se spectatum, *Jurisdictio*, ratione litigantium, *Competentia* dicitur) & *Obligatio*, quæ ejus *officium* dirigit.

OBSERV. CXLIX.

Ut sit competens lit. R.) Competentia Judicis est imperium aliquod seu potestas subalterna, cui subjectio ejusdem indolis respondet, hæc autem nomine *Fori* vulgò exprimitur, nam *forum sortiri*, nihil aliud est, quam alicui, intuitu jurisdictionis, subjectum esse. Illud autem ex natura imperii liquet, sufficere, si reus alicubi forum sortiatur, hic enim ad officium faciendum adigendus est, adeoque Judicis potestati subesse debet. De cætero forum oritur ex *imperio civili* & lege *positiva*, hinc uti ex statu Reipublicæ propriisque statutis, proxime cognoscendum est, ubi quis forum sortiatur, ita ea, quæ AUTOR ex jure Romano hic proponit, partim *communia*, partim *propria* sunt, adeoque in Germania aliquando locum

inve-

inveniunt, aliquando cessant, aut certè ita crude applicari nequeunt.

OBSERV. CL.

In genere in omnibus causis ratione scilicet domicilii) Generaliter forum oriri censet *AUTOR* ex *domicilio*, quo autem assertioni suæ constet ratio, domicilium ab Eodem latè supponitur, varieque distinguitur. Sed alii latam illam domicilii suppositionem improbant, cum omne domicilium ex habitatione æstimandum sit, adeoque eo nomine non aliud intelligi queat, quam quod *AUTOR* Accidentale dixit. Horum igitur sententiæ si quid dare velis, tum *fori generalitas* ex triplici causa repetenda erit, (1) ex *subjectione fundamentali*, hinc Romæ omnes subditi forum sortiebantur, sed hodie Status Germaniæ, qui non Monarchicus, sed Systematicus est, id non admittit. In singulis autem Statuum Territoriis locum quidem habere posset, sed videtur, præcipue ob jurisdictionem patrimonialem, id non admissum; (2) ex *origine*, de qua mox explicatius agam; (3) ex *habitatione* seu *domicilio*.

OBSERV. CLI.

Naturale sive originis) Domicilium originis, quod ex nativitate oriatur, ridet *STRAUCHIUS ad J. dissert. 21. §. 15.* dum ad omne domicilium, habitationem requiri existimat. Sed controversia non tam de *re*, quam de *verbo* est, nam ex *origine* forum oriri, & communis sententia, & *STRAUCHIUS* concedit, quod autem illa circa originem solam, seposita habitatione, domicilium quoque asserat, id Huic incongruum videtur, sed forte regeri posset, eodem jure asseri posse *domicilium originis*, quo *domici-*

micilium dignitatis adstruitur in *l. 11. de senator. l. 8. C. de incol.*

2. Verum de hoc alii contendant. De eo heic dispiciendum, *an* & *quomodo*, vel ex *origine*, ut præcipit *STRAUCHIUS*, vel *domicilio originis*, juxta stylum vulgarem, forum oriatur. Quæ *AUTOR* hic disserit, non satis sunt certa & perspicua. Ego puto duplex esse forum originis, alterum existit (1) *ex domicilio Patris & nativitate liberorum*, nam utique in eo loco, ubi Pater habitat & liberi nascuntur, (juxta intentionem scilicet Parentum, nam accidentia, vel nativitas alibi fortuito facta, non attenduntur) hi forum habent. (2) *ex nativitate Patris ac aliquando etiam matris* juxta *l. 1. §. 2. l. 6. §. 1. ad municip.* V. gr. Cajus natus est Lipsiæ, postea Dresdæ domicilium constituit, ac ibi genuit Sempronium, hic municeps est Dresdensis ob nativitatem propriam, de quo *n. 1.* dixi, & Lipsiensis ob nativitatem Patris. Quo loco notandum, quod in æstimando hoc posteriori originis foro, præcise in persona Patris sit subsistendum, ea ratione, ut filius ex nativitate sui Patris, & hic iterum ex origine sui Patris, & ita porro, forum originis sortiatur, hoc enim perspicuum est ex *dict. leg.* & si ulterius progrediaris, res illa in infinitum, aut usque ad Adamum, abiret, quod ridiculum est, de quo plura dici possent, si rei obsoletæ pluribus immorari, operæ foret prteium. *Conf. THOMASIUM in disput.* De eo, qui est sine domicilio *c. 1. §. 52. seqq.* aliter hic philosophantem.

3. Oritur igitur forum originis, ex nativitate *propria* & *Patris*. De jure civili utrumque videtur obtinuisse, prius mutabile, posterius immutabile fuit,

l. 6.

l. 6. pr. ad municip. l. pen. fin. C. eod. Hodie posterius plane cessat, prius vero tamdiu durat, quamdiu liberi aliud non constituerunt. *AUTOR* utrumque videtur confudisse, nam (1) definitio est concepta de priori, sed mox dicit, (2) *hoc de jure civili esse immutabile*, (3) *hodie non attendi*, quæ assata ad posterius pertinent, ast statim (4) addit: *si tamen non constat de translatione domicilii, affirmans probare debet*, quæ iterum ad prius pertinent. Interim *AUTOR* dum hæc omnia ad idem subjectum refert, sibi contradicit, nam *n. 3.* usum fori originarii negat, sed *n. 4.* admittit.

OBSERV. CLII.

In hoc domicilii foro reus convenitur omnibus realibus & personalibus actionibus) Ita est, sed hoc merito intelligendum juxta Reipublicæ statum talem, qualem jus civile præsupponit, hinc obtinet, si locus domicilii & rei sitæ eidem subsint imperanti, quodsi autem, juxta statum Germaniæ generalem, res aliqua in alieno Territorio sit sita, tum non consultum erit actionem realem in loco domicilii instituere, quoniam non sine causa actori metuendum erit, ne executio deinceps claudicet.

OBSERV. CLIII.

In loco contractus) Quæ de competentia ob contractum, ex jure Romano proferuntur, illa etiam sunt referenda ad eum Reipublicæ statum, ubi tam locus domicilii, quam contractus, uni parent Domino, nam si extraneus in aliquo Germaniæ Territorio contraxit, tum hoc præcipue considerandum erit, an contra eum possit fieri executio, h. e. an bona aliqua in loco contractus habeat, hoc ubi fue-

rit

rit, indiſtincte actio recte movebitur, ſed ubi ſpes executionis ceſſat, tum fruſtra inanis Proceſſus inſtituetur.

OBSERV. CLIV.

In loco delicti) Hæc etiam competentia præſupponit unitatem Reipublicæ, nam tum tradita juris Romani, ad Judices ſubalternos unius Imperantis, recte applicantur, niſi aliud jure germanico cautum. De cætero certum eſt, quod Imperans jurisdictionem Judicum ſibi ſubiectorum eo modo, quo hic exponitur, formare queat, *vid.* *DECIS. SAX. NOVISS. 89. conf. FINCKELTH. de jur. ſepult. concl. 34.*

OBSERV. CLV.

Sed etiam ubi repetitur) Ut delinquens forum ſortiatur tam in loco *delicti commiſſi*, quam *deprehenſionis*, id utique expeditum eſt, ſi Judices ſubalternos eundem Dominum agnoſcentes præſupponas, nam quoad hos, jurisdictio à communi Imperante ſic formari poteſt. Verum ſi quis in alicuius Imperii Germanici Status territorio deliquerit, in aliùs vero ditione deprehendatur, an hic quoque jus puniendi ſtatim habebit? Hoc ſane ſine hæſitatione vulgò aſſeritur, nec incommoda huius aſſertionis apparent, ſi delinquens ultimo ſupplicio afficiatur. Sed ſi ſalva vita, puniri debeat, an (1) *punitus iterum puniri poterit, in loco delicti commiſſi, ſi forte ibi reperiatur?* Si dicas; hoc ſequitur incommodum, quod idem delictum bis puniatur, ſi neges, non apparet, ob quam cauſam alter jus puniendi amiſerit. Ulterius ſi delinquens relegatione puniendus ſit, num (2) *ex Territorio deprehenſionis, an delicti commiſſi, an*

ex

ex utroque relegandus erit? Quicquid assumas, difficultates reperies non facile superandas! Videtur igitur nimis liberale pronunciatum, quo deprehendenti jus statim puniendi asseritur, nam ad hoc duo requiruntur, *subjectio* & *delictum*, jam esto, quod deprehensus deprehendenti hactenus sit subjectus, attamen ejus intuitu non deliquit, hinc deprehendens ex lege naturali videtur obligatus ad delinquentem remittendum, si vero Dominus loci delicti, eum recipere nolit, tum demum ille jus puniendi nanciscitur. Hoc posito etiam præcedentia quæsita facilè solvuntur, nimirum Dominus loci delicti, amplius punire nequit, quia jure suo, se consensu proprio abdicavit. Amplius delinquens ex territorio deprehendentis, erit relegandus, in loco verò delicti commissi libere, ob consensum modo allegatum, deinceps versabitur. Sic juxta rectam rationem omninò pronunciandum videtur. Interim contraria sententia ex inhumanitate, ambitione vel etiam avaritia invaluisse videtur.

2. Aliàs tam quoad territoria diversa, quam judices subalternos ejusdem domini, quæri potest, *cujus loci jura observanda sint, si alia in loco delicti, alia deprehensionis occurrant?* Circa quod ita dicendum videtur: si rigidiora jura sint in loco delicti, mitiora in loco deprehensionis, tum juxta illa puniri delinquens poterit, quamvis Judex etiam hæc sequi possit; si vero vice versa mitiora sint in loco delicti, rigidiora in loco deprehensionis, tum inhumanum fuerit hæc observare, nam contra hæc deprehensus non deliquit, & si tanto rigore delictum eo in loco, ubi illud patravit, fuisset prohibitum, forte illud non patrasset.

OBSERV. CLVI.

In loco rei sitæ) Res sita operatur saltem forum particulare quoad subditos unius Territorii, ast si extraneus in aliquo territorio bona possideat, tunc contra illum generale forum efficit id, quod usus Germaniæ dudum comprobavit quoad bona feudalia, hinc multo magis in allodialibus quoque admitti debet, *add. LYNCKER Res decis. Jenens. p. 1. Dec. 126.* ubi docetur, quod Incolæ Saxones actione personali in loco rei sitæ conveniri non possint, cum quoad exteros saltem bona forum generale efficiant.

OBSERV. CLVII.

Non etiam in Camera lit. N.) Privilegium fori, quod personis miserabilibus jure Romano datum est, in Camera non observari, recte ait *AUTOR*, praesupponit enim unam Rempublicam, qualis in Germania non est, & pessimè Status imperii Magistratibus inferioribus comparantur. Dissentit tamen *EYBEN in disput. de caus. feudal. hab. Helmstad. 1672. sect. 3. §. 13.* ob Ordinationem Judicii aulici *1559. §.* Damit auch. Sed hac in parte plus tribuendum est Statui Germaniæ, per Instrumentum pacis Westphalicæ præcipuè formato, quam Ordinationibus antiquioribus & controversis.

OBSERV. CLVIII.

Rei si sic clerius) Privilegium fori quod vel Reis, vel causis datum sit, ex legibus peregrinis incongrue utplurimum repetitur, cum plerumque Status Germaniæ præsens eas velut repudiet, quod inprimis exemplo causarum feudalium pluribus ostendi in *Jur. feudal. C. 28. §. 7. seqq.*

OB-

OBSERV. CLIX.

Officium Judicis dicitur) Hæc definitio idem per idem declarat. Clarius forte diceres, per officium intelligi vel ipsam *obligationem*, qua ad recte judicandum Judex obstringitur, vel *actionem* seu *judicium*, quod isti obligationi attemperandum est. Divisio in *Nobile* & *Mercenarium*, ad judices pedaneos & Processum Romanorum formularium pertinet, quia tamen utcunque ad nostros etiam Judices quadrat, hinc hactenus commemorari solet. Dirigitur autem officium Judicis lege naturali, nam ex hujus præscripto, (1) leges observare ac (2) ad factum rite applicare debet. Si secus faciat, non tantum læsis contra sententiam remedia competunt, sed & Judex lege positiva coërceri solet. De quæstione autem, otiosa magis quam necessaria, *utrum judex acta & probata, an conscientiam sequi debeat? vid. FRANZ. Resol. l. 2. R. 22.*

OBSERV. CLX.

In concursu harum præferuntur præjudiciales lit. O) Materia judiciorum sunt causæ controversæ, quod ex generalibus principiis fluit. Si plures concurrant, tunc de *prælatione* ex *regulis prudentiæ* & *jure positivo* statuendum, quod *AUTOR* hic attingit. Paulo plenius ita habendum: *Præjudicialis* actio & *civili*, *l. 2. 5. C. de ord. cognit.* & *criminali*, sive præjudicialis accusantem sive accusatum respiciat, præmittenda, *l. 1. 7. 3. 6. C. de Ord. cognit. l. 26. C. de adult.* Solet tamen in processu civili, aliquando quæstio præjudicialis incidenter tractari *l. 2. 5. C. de Ord. cognit.*

2. Actio *civilis* & *criminalis*, si *uni contra unum* competat, pro lubitu actoris, vel simul, vel successi-

vè, prout visum fuerit, proponi potest *l. un. C. quand. act. civ. crim.* nisi forte civilis sit præjudicialis, tum enim prius instituenda *l. 37. de judic. l. 5. §. 1. de vi publ. l. 7. C. eod. l. 1. C. de appell. l. 26. C. ad L. Jul. de adult.* Si verò *duobus reciprocè* competat, v. gr. mihi contra te datur actio civilis, tu contra me habes criminalem, tum vulgo dicunt, si civili per modum *exceptionis* opponatur quæstio criminalis, utramque simul posse tractari *l. pen. C. de ord. judic.* si per modum *accusationis*, criminalem prius esse tractandam, propter gràvitatem *l. fin. C. de ord. judic. add. DECIS. SAXON. 88.* Denique *possessorium* præmittendum est *petitorio*, si successive utrumque pertractandum sit, quod etiam, & hypothesi processus nimis tardi, utile *l. 24. d. R. V* hinc qui per imprudentiam forte petitorium instituit, eo omisso, ad possessorium regredi solet *l. 18. §. 1. de vi.*

3. Post materiam judiciorum, *modus procedendi* quoque considerandus erat, sed illum *AUTOR* omisit, ideo forte, quod in usum Germaniæ, ex legibus extraneis adæquatè ille tradi non possit, sed potius ex propriis Ordinationibus processualibus peti debeat. De iis autem quædam hic dicere, nostri non est instituti, prolixiora enim sunt, quam ut hujus angustia eadem capiat. In genere forte admonendum, quod universa judicandi ratio, quæ in Territoriis Germaniæ obtinere solet, non satis scopo suo sit attemperata, i. e. non ità instructa, ut per eam litigantes suum, prout par erat, consequi possint. Sed est hoc altioris indaginis, quam ut velut in transcursu experiri debeat, forte etiam magis odiosum, quam ut de eo quædam dicere consultum sit.

O B-

Observ. CLXI.

Effectus judicii inchoati est. lit. E.) Oriuntur hi effectus â lege positiva, & quidem de jure civili, post *litem contestatam.* Sed jam dixi *observ. 143.* quod hodie judicium â *Citatione* incipere videatur, hinc post hanc, effectus illi hodie asserendi videntur. Interim res non est adeò liquida, ex quo patet, quam inconsultum sit, leges peregrinas, peculiaria instituta præsupponentes, cum patriis miscere. Effectus autem judicii peracti, quos *AUTOR* innuit, ex imperio civili sunt, adeoque in quavis Republica occurrunt.

Tit. II.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Observ. CLXII.

Testamentum inofficiosum) Necessitas certam bonorum partem liberis, Parentibus & fratribus relinquendi, ex jure naturali repeti nequit; hoc enim â Parentibus, ob generationem, saltem exigit, quo liberos alant, quamdiu ipsis aliunde alimenta non suppetunt, liberi vero ex lege gratitudinis Parentes egenos alere debent, inter fratres autem ne quidem talis obligatio asseri potest, quamvis arctior humanitas inopi fratri succurrere jubeat. Juxta hæc igitur lex positiva necessitatem illam introduxit, quod si adeo civile hoc officium negligatur, ac testamento omnis hæreditas memoratis personis auferatur, tum dicitur *Inofficiosum*, hinc totus hic Titulus est de sensu legis civilis, cujus autoritas uti hactenus admittenda est, ita sententia sæpe satis est dubia.

OBSERV. CLXIII.

Tanquam species extraordinaria hæreditatis petitionis) Est hoc inter interpretes controversum, dum alii putant, querelam hanc saltem ad rescissionem Testamenti inofficiosi pertinuisse, eo autem rescisso & impedimento sublato, hæreditatis petitione fuisse vindicatam hæreditatem. Expediant hoc alii, quibus arcana processus Romani vel penitius cognovisse datum, vel in eadem curiosius inquirere volupe est, id saltem admonendum, quod tota illa controversia in foro nullius sit usus, nam licet sententiam modo relatam assumas, attamen certum est, quod eodem libello & testamenti rescissio, & hæreditas peti, adeoque querela inofficiosi testamenti & hæreditatis petitio cumulari queant.

OBSERV. CLXIV.

Requiritur igitur ad eam lit. R.) Quando habeat locum Querela I. T. id quæstionis est valde intricatæ, ob diversa jura se invicem subsequentia, ac diversam eorum explicationem ab interpretibus factam. Juxta jus Institutionum, Pandectarum & Codicis Pater liberos omnes, qui actuale jus succedendi ab intestato habent, debet vel instituere (quo facto res bene se habet) vel nominatim exhæredare *l. 4. C. de liber. præter. vel exhæred.* Quodsi liberos in potestate existentes, nominatim non exhæredet, tum testamentum ipso jure & penitus est nullum impugnaturque querela nullitatis *l. 30. ff. de liber. & posth.* si verò emancipatos nominatim non excluserit, tum testamentum per B. P. contra tabulas rescinditur *§. 3. I. de exhæred. liber.* quo casu certis personis legata debentur, *l. 1. 15. de legat. præstand. B. P. contr. Lib. petit.* si au-

si autem Pater liberos nominatim exhæredet, tum Testamentum summo jure subsistit, & nihil refert quantum ad solennitatem exclusionis sive (1) nulla, sive (2) insufficiens sive (3) habilis, in *Nov. 115.* scilicet contenta, exhæredationis causa sit addita, nam omnibus illis casibus opus est querela inofficiosi, qua de justitia testamenti seu causis exhæredationis disputetur. Mater vero & liberi testantes, liberos & Parentes nominatim exhæredare non debent, hinc sive eos exhæredaverint, sive præterierint silentio, si expresserint exclusionis causam, sive non, omni casu testamentum summo jure subsistit, ac de ejus justitia solùm, instituta querela inofficiosi, disquiritur.

2. Breviter itaque. Querela inofficiosi quoad Patrem locum habet, si *nominatim* sed *injuste* liberos exhæredaverit, quoad matrem cæterosque verò, si *injustè* personas instituendas excluserint. Si *solennitas* desit in casu, ubi requiritur, tum querela nullitatis obtinet, si cum *solennitate* adsit *justitia*, tum omnis querela cessat.

3. Istam juris antiqui dispositionem per *Nov. 115. c. 3. 4.* quantum ad *modum exclusionis*, non esse mutatam, *AUTOR* putat, hinc hactenus dicta etiam de Jure Novellarum vera esse censet *lit. R.* quam sententiam accuratiores etiam interpretes, *VINNIUS* & *HUBERUS* aliique admittunt, contendentes, in *d. Nov.* non præscribi *novam exclusionis formam*, sed solum *determinari causas exhæredationis, hactenus arbitrarias & incertas*, nec non *exitum querelæ inofficiosi reddi certiorem ejusque effectum temperari*; paucis: *d. Nov.* non pertinere ad exclusionis *solennitatem*, sed *justitiam*.

 4. Sed

4. Sed communis fere *Dd.* ſententia, quam *STRU-VIUS* aliique ſequuntur, aliter *d. Nov. 115.* accepit, quaſi ſcilicet nova penitus excludendi forma, parentibus & liberis teſtantibus in eâdem præſcriberetur. Hinc juxta illam, (1) nullum eſt diſcrimen inter Patrem, matrem & liberos teſtantes, hinc (2) etiam ratione patris, exhæredatio nominatim facta & præteritio, pari paſſu ambulant, nec (3) ejus reſpectu amplius liberi ſui & emancipati, quoad effectum illegitimæ exhæredationis differunt, porro non agnoſcit illa (4) nullitatem teſtamenti totalem. Denique juxta eam, (5) hoc ſolum conſiderandum eſt, utrum excluſioni cauſa habilis, quæ ſcil. in *d. Nov. 115.* continetur, ſit addita, nec ne.

5. Ergo ſumma hujus ſententiæ eo redit: *Vel parentes & liberi teſtantes, exhæredationi aut præteritioni cauſam aliquam, in d. Nov. 115. contentam, adjecerunt,* (nam etiam præteritioni vel tacitæ omiſſioni cauſa adjici poteſt, licet id non putet *HUBER. in poſit. ad. ff. de liber. & poſt.* § 27.) vel *nullam aut inhabilem expreſſerunt.* Illo caſu teſtamentum ſummo jure ſubſiſtit, ac per querelam inofficioſi, ſi ab hærede, adjecta ingratitudinis cauſa probari nequeat, quoad inſtitutionem reſcinditur. Hoc verò eſt ipſo jure nullum & querela nullitatis, itidem ſaltem quoad inſtitutionem hæredis, evertitur.

6. Non differunt ergo, juxta hanc ſententiam, querela inofficioſi & nullitatis, *effectu*, bene tamen *duratione, tranſmiſſione, probatione & exitu*, hinc etiam putarem, querelam nullitatis proceſſu ſummario poſſe tractari. De cætero utraque ſententia probabilis eſt, prior tamen verior, ſed poſterior pla-

planior, & ideo forte communiter recepta. Obtinere certe videtur in Electoratu Saxoniæ *Part. III. CONST. 9.*

OBSERV. CLXV.

Ex mente Imperatoris aliæ quoque admittantur) Videtur distingvendum inter *causas exhæredationis alias*, & *causæ in d.Nov. 115. expressæ plura exempla*; hæc admittuntur, non illæ, filium autem pro Patre fidejubere nolentem, non posse exhæredari in Electoratu Saxoniæ certum per *DECIS. NOVISS. 52.* Peculiarem quoad fratres fovet sententiam *FUCHSIUS in disput.* de impugn. testam. frater. per quer. inoffic. *hab. Francof. 1692.* dum *c.3.* §. *4.* negat, causas exhæredationis quoad fratres, in casu turpis personæ instituendæ, esse definitas, & eos potius hoc casu nullo modo posse exhæredari contendit; in quam inquirere jam non vacat.

OBSERV. CLXVI.

Victoria tamen illorum etiam his prodest lit.S.) Non improbabilis quoque est sententia contraria, quod scilicet pars eorum, qui agere nequeunt, maneat penes hæredem scriptum, quam post alios defendit *HUBER. in posit. ad ff. h. t. n. 4. seqq.* Videtur hoc insigne Legislationis Romanæ esse vitium, quod eos, qui æquale jus succedendi ab intestato habent, in jure movendi querelam disparaverit.

OBSERV. CLXVII.

Hæredibus prædictarum personarum regulariter non competit lit. S.) Nam defunctus, qui querelam non instituit, censetur injuriam sibi illatam remisisse, hinc etiam ex contraria ejus voluntate tres fluunt exceptiones, nam transmittitur querela (1) si sit institu-

ta (2) saltem præparata, id quod quoad omnes hæredes obtinet, (3) si filius exhæredatus moriatur antequam scriptus hæres adierit, quod *AUTOR* recenset, quia enim ante aditam hæreditatem filius agere nequit, hoc tamen, si modo per hæredem, moras nectentem, licuisset, dubio procul fuisset facturus, hinc morte exhæredati, ante hæredis scripti aditionem intervenientе, querela pro præparata habetur.

OBSERV. CLXVIII.

Successorium edictum hic locum habet in personis diversi, non ejusdem ordinis lit. S.) Ratio diversitatis est: Personæ diversi ordinis, suo singulæ jure gaudent, hinc v. gr. liberis querelam omittentibus, Pater exhæredatus, si adsit, querelam ex suo jure instituit. Verùm in personis ejusdem ordinis, jus ab una ad alteram transire, seu una ab altera illud consequi debet, hinc si præcedens jus non habuit, vel communicare noluit, sequens agere nequit, v. gr. filius juste exhæredatus agere non potest cum effectu, hinc nec nepoti agere licebit, quia omne jus à Patre accipere debebat. Idem est, si filius injuste quidem exclusus sit, sed agere nolit. Quodsi tamen personae ejusdem ordinis jus propriũ habeant, etiam successio locum habere videtur, hinc v. gr. Patre juste exhaeredato vel querelam omittente, avus admittetur, non enim, sicut à filiis in nepotes, ita à Patre jus in avum transmittitur, sed hic potius jure proprio gaudet. *conf. VINN. select. quæst. l. 1. c. 20.*

OBSERV. CLXIX.

In Saxonia hoc est mutatum lit. O.) Si cum effectu Pater filio pupillariter substituere velit, non tantum ejus matri legitimam relinquere debet per *CONST.*

CONST. 8. p. 3. sed &, posito casu habili, avo & aviae juxta *DECIS. NOVISS. 47.*

Observ. CLXX.

Jure novo descendentium & ascendentium querela institutionem tantum impugnat lit. E.) Diversitatis ratio est: Jure antiquo exitus querelae erat perincertus, cum exhæredationis causae non essent determinatæ, adeoque actores facilè succumbere possent, hinc periculum hoc merito compensabat plenior effectus & exhæredati victores totum evertebant testamentum. Sed jure novo, facta causarum exhæredandi determinatione, exitus querelae longe est certior nec facile exclusi succumbunt, hinc effectus querelae etiam est temperatus, ut saltem institutionem evertat.

Observ. CLXXI.

Excludunt hoc remedium lit. C.) De his ita dicendum. Quaedam querelam *excludunt*, h. e. efficiunt, ut plane locum non habeat, nempe aliud *remedium n. 1.* & *relictio legitimæ n. 5.* quibus addi debet *justa causa ab hærede probata*, nam licet de facto, hoc casu agatur, attamen exitus ostendit, quod in rei veritate nulla actio actori competierit. Quaedam *vere competentem tollunt*, scilicet *voluntatis agnitio* n. 2. h. quod naturale est, consensum tamen vivo Patri datum, lex civilis ex sua hypothesi, qua pacta circa viventis haereditatem improbat, invalidum esse jubet. Porro *præscriptio n. 3.* & *mors n. 4.* quae efficaciam ex lege civili habent.

Observ. CLXXII.

Nam relinquenda est liberis & Parentibus titulo institutionis lit. F.) Debitum legitimæ non aliter ex

jure

jure naturali repeti poteſt, quam quatenus habet rationem alimentorum, quatenus vero ſimpliciter præſtandum, eatenus ad jus civile pertinet, quod etiam *modum relinquendi* definit. Eſt ſcilicet legitima liberis & parentibus titulo inſtitutionis relinquenda, ſi ſecus fiat, querela adhuc obtinet, quod tamen intelligendum de eo caſu, ubi ſine cauſa Parentes & liberi excluduntur, tum enim non aliter teſtamentum valebit, quam ſi in legitima inſtituantur. Aſt ſi juſta exhæredationis cauſa adſit, tum penitus poſſunt excludi, adeoque ſi forte ex commiſeratione legitima legetur, hoc excluſi pro beneficio reputare debent, nullo autem modo illegalis relictionis prætextu teſtamentum cum effectu impugnare queunt.

OBSERV. CLXXIII.

Niſi filii favorem reſpiciat) Fac Patrem, filium obæratum ea conditione in legitimâ inſtituere, ut maximam partem liberis ſuis ſeu teſtatoris nepotibus præſtet, eo ſcilicet fine, quo bona avita nepotibus aliquo modo ſerventur, nec omnia à filii creditoribus auferantur. Tale onus, legitimæ adjectum valebit juxta doctrinam *CARPZOVII d. l.*

OBSERV. CLXXIV.

Numerantur in hac computatione juſte exhæredati d. lit. f.) Cum legitimæ quantitas juxta numerum perſonarum variet, hinc utique ſcire refert, quarum in conſtituenda illa quantitate ſit habenda ratio nec ne. In eo verò ſæpe fluctuant ac ambigue vel etiam inique docent interpretes, quod, niſi fallor, exemplo *STRUVII S. J. C. exerc. 10. §. 32.* etiam patet. Nobis variæ quæſtiones ſic breviter proponi poſſe videntur; (1) quæritur, an *inſtituti numerentur?* quod omni-

omnino asserendum, fac, Patrem tres liberos simpliciter, tres in legitima instituere, tum illorum, tam quoad legitimam constituendam, quam dividendam, erit habenda ratio, quare hi dimidiam legitimæ, seu quadrantem totius hæreditatis habebunt; (2) an *juste exhæredati?* hoc simpliciter negandum, habentur enim pro mortuis *l. 1. §. 5. de conjung. cum emancip. lib.* hinc neque in favorem neque præjudicium cæterorum erunt] spectandi. Pone Patrem ex quinque liberis, quos habet, unum juste exhæredasse, cæteros in legitima instituisse, ac insuper extraneum hæredem scripsisse. Quatuor illi solum habebunt trientem, nec poterunt exhæredatum ad efficiendum semissem numerare. Vice versa si ex quatuor liberis, tres in legitima sint instituti, quarto juste exhæredato illi habebunt integrum trientem, nec poterit ex hoc, hæres scriptus, exhæredati prætextu, quartam partem retinere, atque hæc sententia in praxi etiam recepta est, ceu *CARPZOVIUS* cæterique hic citati testantur. *AUTOR* frustra dissentit, cujus sententia neque ratione, neque textu firmatur, nam *l. 8. §. 8. de inoffic. testam.* non loquitur de juste exhæredato, sed de eo, qui in gratiam hæredis scripti, legitimam vel hæreditatem repudiat, hujus portionem scriptus utique retinet; (3) *an statuto â successione exclusi?* hoc etiam negandum & consentit *AUTOR*, nam hi quoque mortuis comparandi, hinc obtinent ea, quæ de justè exhæredato proximè diximus; (4) an *renunciantes?* & hoc negarem, quia & illi mortuis similes, malè *CARPZOV. p. 3. C. 10. D. 14.* censet, illos numerari ad legitimam *minuendam*, non *augendam*, cum in favorem Patris & hæredis renunciasse

cen-

censeantur, nam hujus præsumtionis nullum est fundamentum, hinc merito etiam id rejicit *Dn. STRYK. in not. b.* (5) an *repudiantes?* hic distinguendum erit, utrum *quis in favorem eorum, qui legitimam petunt, repudiet*, (quod quidem juxta communem mortalium affectum, in dubio præsumendum videtur) hoc casu repudians faciet partem seu numerabitur ad legitimam augendam non minuendam, an *hæredis scripti*, tum vice versa, ad minuendam non augendam legitimam numerabitur. Sed si hoc casu v. gr. quinque liberi sint, num in favorem hæredis scripti repudians efficere potest, ut reliqui saltem accipiant trientem, an id solum, ut pars, quam ex semisse repudians alias fuisset habiturus, penes hæredem maneat? mihi prius videtur probabilius.

OBSERV. CLXXV.

Deducto ære alieno) Quæstio, *an legitima sit pars bonorum vel hæreditatis?* Ita ab *AUTORE* hic tractatur ac deciditur, ut facile quis existimare queat, eam esse otiosam, cum res eodem recidat, sive illud sive hoc asseras, nonne enim in effectu liberi idem habent, sive, deducto prius ære alieno, ipsis legitimam, ut partem bonorum, præstes, sive eam ex tota quidem hæreditate assignes, ut tamen ad exsolutionem æris alieni, partem ratam conferre debeant? Quare vis quæstionis potius huc redit: *An legitima quantitas sit constituenda juxta quantitatem totius patrimonii, non deducto ære alieno, ac deinceps necessitas imponenda hæredi, ut de sua tantum parte omne debitum exsolvat?* V. gr. defunctus relinquit hæreditatem 12000. imperialium, sed 4000. debet, heic quaeritur, an filius, qui legitimam petit, possit petere trientem

ratio-

ratione totius massæ seu 4000. ita quidem, ut de residuis 8000. hæres scriptus aes alienum solus exsolvere cogatur, an verò filius partem aeris alieni ferre debeat, ita ut de 4000. imperialibus, vel ratam conferat, vel aere alieno antea deducto, de 8000. saltem, trientem accipiat? Sic quaestio non est otiosa. Regulariter autem liberi onus aeris alieni pro parte subire debent, nisi testator aliud voluerit, quod tum etiam factum videtur, si vel certam quantitatem vel corpus legitimæ loco assignaverit, *l. 13. C. de Hæred. instit.*

OBSERV. CLXXVI.

Secus in foro Saxonico) Sed saltem ex sententia *CARPZOVII*, qui eo tandem inclinare videtur, liberis deberi legitimam de tota hæreditate, uxoris portione Statutaria hactenus computata, postea verò hæredem scriptum de suo tantum illam exsolvere teneri. Interim *CARPZOVIUS* ad jus civile etiam respicit, & in quæstione vel formanda vel decidenda non perspicue satis ac certo incedit.

OBSERV. CLXXVII.

Sed non bona adventitia) Habet haec res locum communem de Collationibus: Quid enim liberi conferre debeant nec ne, id non tantum ratione Legitimæ, sed præcipuè ratione totius successionis quæritur, qua de re adeo in loco proprio agendum erit, *add. DECIS. SAXON. 50.*

TIT.

TIT. III.
DE HÆREDITATIS PETITIONE.

OBSERV. CLXXVIII.

HÆreditas) Quod hæreditas *Personæ* vicem obtinere credatur, otiosum fori Romani commentum est, cujus in vita civili neque necessitas neque utilitas aliqua est. Quod autem pro jure accipiatur, id solidum, sed non Romanum, verum omnibus Gentibus commune est. Ejus tamen indolem perspicuè satis non expressit *AUTOR*, clarius: *Hæreditas est complexus omnium jurium, realium & personalium, à defuncto in hæredem translatorum, l. 37. de A. O. H. l. 23. de A. A. P. nec non ex possessoris facto, hæredi noviter acquisitorum l. 28. §. 18. b. t.*

OBSERV. CLXXIX.

Hæreditatis petitio) Ex isto jure, naturaliter utique potest movere actionem hæres, cujus *nomen* & *descriptionem AUTOR* suppeditat, ut simul ad requisita legis civilis respiciat. Inprimis juxta hanc, dicitur *actio mixta*, quia scilicet præstationes personales videntur hic *jure actionis* petitæ, cum in aliis actionibus realibus, *officio judicis* saltem adjudicarentur, quo ipso adeò liquet, esse hæc emblemata fori Romani, quæ hodie nullum habeant usum. Aliàs dicitur *actio universalis*, quatenus nimirum universa hæreditas ab aliquo per eam vindicatur, nam si res singularis ab aliquo petatur, tum eam singularem esse, manifestum est, utut fortasse forum Romanum heic etiam aliquam universalitatem finxerit.

OB-

OBSERV. CLXXX.

Dividitur) Hæreditatis petitio in varias species abit, nam (1) à *fundamento remoto* seu *lege*, quæ jus hæreditarium largitur, est *civilis*, de qua hic *possessoria*, quæ ex jure Prætorio oritur, *tit. 5. h.* & *fidei commissaria*, quæ ex juris civilis velut conniventia descendit, *tit. 6. h.* Prima est iterum *directa* & *utilis:* Cæterum hodie illa sunt otiosa, cum facile liqueat, omnes illas circumstantias indifferentes a Romanis esse observatas ad multiplicanda actionum nomina irretiendosque litigantes; (2) ab *objecto* est *universalis* & *Particularis*, de qua *tit. 4.* si modo per subtilitates fori Romani ita dicere licet; (3) à *fundamento proximo*, est vel *testamentaria*, quæ ex testamento, & *legitima*, quæ ab intestato datur. Hæc, si defunctus nullum posuerit impedimentum, nomen generale *hæreditatis petitionis* retinet, si vero ille testamentum invalidum vel inofficiosum objecerit, tum Querela *nullitatis* vel *inofficiosi* dicitur.

OBSERV. CLXXXI.

Causa efficiens lit. C.) Fundamentum hæreditatis petitionis *lit. C.* ut & subjectum *lit. S.* satis patet, quæ autem de actione utili insperguntur, illa ex *Observ. prac.* interpretationem moribus convenientem sortiuntur, sunt scilicet illa ejusque generis aliæ denominationes hodie non *necessariæ*, sed *arbitrariæ*.

OBSERV. CLXXXII.

Adversus eum, qui lit. P.) Juri hæredis in possessore hæreditatis respondet *obligatio*, quæ ex lege naturali descendit, nisi enim alteri suũ restitueret, ipsum contra æquitatem læderet, is quoque, qui malitiose se liti obtulit vel dolo possidere desiit, naturaliter ad æsti-

mationem praestandam, ex suo facto obligatur, prior tamen casus malitiosae oblationis, videtur ad mores Romanorum pertinere nec hodie occurrere. Hactenus igitur Romanis nihil nisi confirmatio hic debetur.

OBSERV. CLXXXIII.

Si fictus possessor litis aestimationem solverit, hoc vero nihil prodest d. lit. P.) Imo prodest, si enim (1) fictus liberatur, vero judicium accipiente, ac rem vel aestimationem praestante, ceu *AUTOR* paulo ante docet, utique etiam, ob paritatem rationis, verus liberari debet, si fictus haeredi satisfaciat, aliàs diversus agendi modus vel ordo, tam grave introduceret discrimen, quod dictu est absurdum! (2) fictus, praestando aestimationem, rem ab haerede velut emit, quod *AUTOR* infra *de in lit. jur. lit. E.* generaliter ex *l. 9. rer. amot. l. 25. §. 1. solut. matrim. l. 46. 47. de R. V.* admittit, ergo sicut nunc, si rem haberet, eam in alios transferre posset, ita translatio olim facta, convalescere, ac adeo possessor securus reddi debet. Denique non obsunt (3) textus, quos pro se *AUTOR* allegat, nam hoc saltem volunt, possessorem verum non liberari *ipso jure*, ut ea fuerit differentia, vero possessore rem praestante, quoad fictum actio *evanescit*, ceu loquitur *d. l. 13. §. 14. h. t.* i. e. ipso jure ita tollitur, ut nec vola nec vestigium supersit, ast ficto aestimationem solvente, verus non *liberatur d. l. 13. §. 14.* nempe ipso jure, hinc adhuc ab eo *recte* (sed non efficaciter) petitur, *d. l. 7. de R. V. conf. l. 20. pr. de inter. in jur. fac.* quae cantilena hodie inanis est.

OBSERV. CLXXXIV.

Pro haerede vel possessore lit. P.) Qualitas possessionis

nis in haereditatis possessore triplicem ob causam attendi potest, (1) ad *fundandam vel potius denominandam actionem*(2)*temperandam vel variandam probationem ac* (3) *promovendum litis exitum.* De jure Romano ob omnia illa,& inprimis etiam primum, qualitas possessionis attendebatur, hinc ne acturus in limine impingeret, seu in nomine actionis movendæ erraret, possessor titulum allegare debebat. Cæterum cum talis allegatio à moribus judiciorum Germanicorum abeat,hinc dicendum videtur,quod qualitas possessionis,ob duo posteriora, hodie saltem attendatur, hinc ita se res habebit: si acturus ex interpellatione extrajudiciali, titulum possessoris forte intellexerit, ejus in formando libello poterit habere rationem, si verò de hoc non adeo certus sit, tum vel hæreditatem totam, vel rem singularem ex jure, per successionem ad se devoluto, petet, (quæ petendi ratio & hæreditatis petitioni,& cæteris actionibus, quas defunctus movisset, congruit) quod si reus litem ad hæc contestetur,tum intelliget actor ejus *intentionem*, ac simul, quæ *probatio* sit instituenda,quisque futurus sit litis *exitus*.

OBSERV. CLXXXV.

Singulares stricto jure lit. P.) Contra eos, qui ab hæreditatis possessore causam habent, indistincte Hæreditatis petitio institui posse videtur, cum etiam contra hos, jus actoris hæreditarium probari, sufficiat, nec enim plus juris habere possunt, quam ipsorum Autor habuit. Agnoverunt etiam hoc in effectu Romani, sed fabulam actionis utilis inspersere, quæ hodie cessat. Quin tamen contra successores singulares etiam rei vindicatio queat institui, dubi-

um non eſt, (cum & contra hæredem prætenſum id fieri poſſe videatur, licet ita agere conſultum non ſit) atque id ſaltem vult *l. 2.C. h. t.* de cujus adeo cum cæteris conciliatione gratis deſperare videtur *WISSENBACHIUS* relatus *HUBERO in poſit. ad ff. b. t. n. 8.*

OBSERV. CLXXXVI.

Petitur principaliter hæreditas lit. O.) Percenſet *AUTOR* ſpecialius officium poſſeſſoris, quæ omnia naturalia ſunt, & Romanis nihil debetur niſi confirmatio, & quod nonnunquam *circumſtantiam conſenſus*, quam æquitas naturalis præſupponit, liquidius determinaverint. Poſitiva autem, quæ aliàs intercurrunt, & mox â nobis proferentur, nullius fere hodie ſunt uſus.

OBSERV. CLXXXVII.

Exceptis ſervitutibus lit. O.) Has enim in *reſtitutionem hæreditatis non venire, ego didici, ait PAULUS* in *l. 19. c. 3. h.t.* & licet hæc ſententia ratione non deſtitui vulgo credatur, *vid. DONELL. Comm. J. C. l. 19. c. 13. lit. i.* mihi tamen *PAULUS* non recte didiciſſe videtur, nam poterit vicinus ſervitutem perinde, ſicut alia jura, eo prætextu negare, quod ipſe ſit defuncti hæres, hinc non alia, quam juris hæreditarii probatione, ab actore erit repellendus, quæ eſt ipſa hæreditatis petitionis intentio. Rationes oppoſitæ non valde urgent, (1) *nihil eo nomine poteſt reſtitui, ſicut eſt in corporibus*, ſed cur non *res ſerviens* perinde poſſet reſtitui, ſicut res propria, oppignorata pluresque aliæ? laborant Romani nonnunquam rerum moralium ignorantia, quam inprimis circa ſervitutes oſtendunt, (2) *ſed ſi non patiatur ire & agere, pro-*

propria actione convenietur, haec tamen non statim excludit haereditatis petitionem, quia pro ratione tituli possessoris, nunc antiquis actionibus, nunc hac agendum est. Sed de hoc hodie non valde contendendum videtur, illud certum, quoad etiam circa servitutes duplex probandi ratio locum habere queat, an vero actionem dicere velis, confessoriam vel haereditatis petitionem, nihil referet.

OBSERV. CLXXXVIII.

Et quantum tempore rei judicatae exinde locupletior factus lit. O.) Sed mox dicit *AUTOR*, quod post litem contestatam, b. f. possessor, in m. f. possessorem degeneret, hic autem in solidum tenetur. Juxta haec igitur quis simul tempore rei judicatae tenebitur quatenus locupletior factus, & in solidum, quae non satis cohaerent! *WISSENBACHIUS* hos textus, & in specie *l.36.§.pen.* ac *l.25.§.7. h.t.* desperatae conciliationis esse censet teste *HUBERO in posit. ad ff. h. n. 14.15.* sed videtur facile res componi posse, si fructus distinguamus, nimirum ratione fructuum, ante litem contestatam perceptorum, bonae fidei possessor suam qualitatem retinet, adeoque ex iis solum praestat, quantum tempore rei judicatae locupletior factus est, sed ratione fructuum, post litem contestatam perceptorum vel percipiendorum, habetur pro malae fidei possessore, adeoque eorum intuitu in solidum obligatur, quamvis hoc posterius referendum esse putarem ad casum, ubi actoris jus est nimis manifestum, nam alias si possessor justam habeat contradicendi causam, tum à tempore litis contestatae, eum statim pro malae fidei possessore habere nimis durum fuerit. In genere puto, quod haec jura in vita civili

applicari nequeant, adeoque ſaltem in ſpeculatione interpretum conſiſtant, nam ſi quis perpendat hominum negligentiam, eorumque ad alios laedendos proclivitatem, nec non proceſſuum diuturnitatem, quis crediderit, poſt elapſos plures annos, exactum fructuum perceptorum aut percipiendorum poſſe iniri calculũ, & accurate oſtendi, quorum reſpectu quis bonae vel malae fidei poſſeſſoris qualitatem gerat? Hinc ſemper transactione, vel remiſſione domini, iſta res componitur.

Observ. CLXXXIX.

Simplex m. f. poſſeſſor non reſtituit pretium rei ante judicium acceptum peremtæ) Quae de *judicio accepto* hic dicuntur, ſpectant ad antiquam litis conteſtationem, nec hodie ejus circumſtantiae, in aeſtimanda poſſeſſoris obligatione, erit habenda ratio, ſed hoc potius unicè ſpectandum, an mora injuſta à poſſeſſore revera ſit commiſſa, ac inter eam & caſum ſecutum ſit connexio, nam his poſitis, erit obligatus poſſeſſor, ceſſantibus vero, ad nihil tenebitur, hinc ſi v. gr. m. f. poſſeſſor ante litem motam, extrajudicialiter fuerit interpellatus, ac res perierit, tum ad ejus pretium exſolvendum tenebitur, ſi ſtatim reſtituta, apud dominum non fuiſſet peritura. Vice verſa ſi poſt litem motam, res pereat, ut etiam apud dominum fuiſſet certo peritura, tum ad nihil erit poſſeſſor obligatus, quia mora fuit innocua.

Observ. CXC.

Usque ad tempus rei judicatæ) Nec hic terminus uſu ſervatur, *vid. BRUNNEM. ad l. 1. C. de uſur. rei jud.* ſed obligatio quoad fructus praeſtandos tamdiu po-

potius uniformi modo durat, quamdiu possessor omnia, quæ debet, nondum exsolvit.

OBSERV. CXCI.

Deducit possessor) Vice versa actor possessori ad impensas refundendas naturaliter obligatur juxta circumstantias *AUTORI* hic memoratas, nam nihil amplius hic juri Romano tribuendum, quam consensus eorum, quorum interest, quamque æquitas naturalis præsupponit, certior determinatio.

OBSERV. CXCII.

Actor probare debet) Probatio, uti alias, ita etiam hic jure naturali requiritur. Præsumtio autem quoad vitam hominis, ex communi mortalium conditione desumitur, nam non adeo multi annum 70. supergrediuntur, nec tamen illum attingere, inter homines inusitatum est, hinc in dubio usque ad illum annum quis vixisse meritò præsumitur. Illud certum, quod hæc præsumtio sit magis rationabilis, quam illa, qua quis usque ad 100. annum vivere præsumitur juxta doctrinam *FINCKELHUSII Obs. 100.* nam in iis, quæ rarò eveniunt, præsumtiones collocare non decet.

OBSERV. CXCIII.

Judicio hoc accepto) Quid, lite mota, possessorem facere oporteat, illud omne iterum ex communibus æquitatis & prudentiæ regulis dependet, nam ita se gerere debet, ne vel Actor vel Creditores hæreditarii, vel ipse lædantur. Quæ autem de juramento in litem insperguntur, illa ad antiquum processum formularium pertinent, nec hodie sunt in usu.

OBSERV. CXCIV.

Præscribitur hæc actio 30. annis) A petitione hæreditatis paternæ vel avitæ non nisi triplicato tempore, seu 90. annis, liberos excludi, docet *CARPZOV. p. 3. C. 14. D. 30.* sed illa interpretum nonnullorum sententia est minus probabilis, de qua in materia bonorum possessionis amplius dicendum erit.

TIT. IV.

SI PARS HÆREDITATIS PETATUR.

OBSERV. CXCV.

SI defunctus unum filium & uxorem prægnantem reliquit, ille quartam tantum petit) Dispositionem hanc Romanam ridet *AUTUMNUS*, satius esse existimans, si usque ad nativitatem posthumi, omnis divisio suspendatur, alimentis saltem præsenti filio assignatis. Sed *HUBER. in Eunom. ad. d. l. 3.* Censori id regerit, quod filius abscisse jus suum urgere possit, si præsentis egeat pecuniæ, forte mercator in articulo asserendæ fidei constitutus, nec fortunas suas aliter sustinere valens: tum vero divisionem à judice evitari non posse, adeoque dispositioni Romanæ locum fore. Sed hoc adhuc poterat contra Romanos excipi, nugatorium videri, quod provisionem suam attemperaverint casu rarissime eventuro, cum ratio potius ad ea, quæ plerumque eveniunt, nos respicere jubeat.

TIT.

TIT. V.

DE POSSESSORIA HÆREDITATIS PETITIONE.

OBSERV. CXCVI.

HÆc competit bonorum possessori) i. e. hæredi praetorio, qui actuali bonorum possessione destituitur, caeterum uti hodie juris praetorii exiguus in materia successionis est usus, ita si etiam ejus aliqua adhuc esset autoritas, de nomine tamen actionis non valde foret laborandum, licet, quod hic traditur, ultro adhibere nihil vetet.

TIT. VI.

DE FIDEI COMMISSARIA HÆREDITATIS PETITIONE.

OBSERV. CXCVII.

NOn contra fiduciarium) Sed contra hunc datur persecutio extraordinaria *l. 178. §. 2. de V. S.* Interim facile liquet, omnem hanc solicitudinem pertinere ad forum Romanum & processum formularium, hinc si hodie ab ipso etiam fiduciario, haereditatem petat fidei commissaria haereditatis petitione fidei commissarius, eum non esse erraturum putem, modo petitionem ipsam recte formet. Quemadmodum etiam otiosa quaestio est hodie, an fidei commissaria haereditatis petitio sit actio civilis vel praetoria? *vid. l. 1. 2. 3. b. l. 1. de Hared. petit.* HAHN *ad Wesenb. h.* Quodsi tamen quis illas fori Romani tricas stricte observare velit, is hactenus suo sensu abundare poterit.

LIB. VI. TIT. I.
DE REI VINDICATIONE.

OBSERV. CXCVIII.

REi vindicatio) Dominium tale jus est, quod omnes homines ex communibus principiis intelligunt, ut hactenus Romanis nihil debeatur. Ex eo porro *naturaliter* potest moveri actio, quam *AUTOR* ex communi sensu definit *lit. D.* sed juxta usum fori Romani distinguit *sign.* † quæ hodie non sunt necessaria. Hinc frustranea porro est Ejus sollicitudo, quam in tradendo *fundamento lit. C.* & *subjecto lit. S.* adhibet. Quomodo autem dominium acquiratur, illud alibi exponitur.

OBSERV. CXCIX.

Datur contra possessorem lit. P.) Juri actoris respondet *obligatio in possessore*, quæ dubio procul jure naturali constituta est, nisi enim possessor domino suum redderet, eum læderet. Quæ vero de actione directa & utili *AUTOR* iterum inspergit, ea hodie præteriri possunt. Obligatio autem, quæ ex facto defuncti doloso originem habet, de qua *lit. P. in fin.* mero jure naturali in hæredem transit in solidum, quam æquitatem decreto juris Romani præferendam esse arbitror.

OBSERV. CC.

Petuntur hac actione res singulares lit. O.) Officium possessoris eo pertinet, ut rem cum fructibus restituat juxta circumstantias hic memoratas, quæ omnia iterum sunt naturalia & jure Romano saltem probata. Quemadmodum etiam id ex communi-

bus

bus prudentiæ regulis fluit, ut actor rem, quam petit, certo designet, *add. BERGER. resolut. b.* De cætero quoad applicationem horum jurium repeto ea, quæ dixi *observ. 188.*

Observ. CCI.

De percipiendis & consumtis, licet inde locupletior factus, securus est lit. O.) Bonæ fidei possessorem de consumtis teneri, quatenus locupletior factus, verior videtur sententia, ceu recte contendit *HUBER. in posit. h. n. 13.* nam mero jure naturali dubio procul eo modo obligatur, quo prætextu enim ex re aliena lucrum prætenderet? Licet autem ab illa dispositione, citra iniquitatem, discedere potuerit jus Romanum, (cum consensus domini heic supponi queat) attamen in dubio discessisse non putandum est, maxime cum circa hæreditatis petitionem, æquitatem illam observaverit, nec contrarium hic ex indiciis habilibus appareat, nam *§. 35. J. de R. D. §. 2. J. de O. J. l. 4. §. 2. fin. reg. l. 22. C. de R. V. l. 4. §. 19. de usurpat.* quas *AUTOR* pro se allegat, nihil aliud probant, quam quod de *consumtis fructibus*, bonæ fidei possessor non teneatur, quæ doctrina, limitationem æquitatis modo propositam, non respuit, maxime, cum fructus vix pro consumtis haberi queant, quando id, quod inde redactum, adhuc exstat. Ratio autem disparitatis, quam inter haereditatis petitionem & rei vindicationem esse putant, quod *illa scil. sit actio mixta habeatque præstationes personales, hæc non, vid. STRUV. Exerc. 11. §. 23.* nimis est jejuna, nam omne illud discrimen pertinet saltem ad externum agendi modum, juxta apices processus Romani observandum, sed diversitatem obligationis in pos-

sesso-

ſeſſore hæreditatis & rei ſingularis, non evincit. Hinc etiam corruunt ea, quæ amplius tricatur *STRUVIUS d. l.* nempe *neque rei vindicationem ad fructus conſumtos poſſe extendi, neque ullam aliam actionem eo nomine proditam eſſe*, nam de ipſa actione res ſatis certa eſt, utut forte de nomine aut externo ejus habitu, res juxta ſubtilitates Romanas non uſque adeo ſit expedita.

Observ. CCII.

Malæ fidei poſſeſſor hoſce tantum tollit lit. O.) Imo deducit per *l. 38. de H. P.* nulla enim ſolida differentia eſt inter poſſeſſorem hæreditatis & rei ſingularis, de illo autem conceſſit *AUTOR de hæredit. petit. lit. O. in fin.* quod impenſas utiles deducat, ergo de hoc idem concedere debet, nec obſunt valde textus, quibus hic in contrarium nititur, nam *l. 5. C. h. t.* loquitur de injuſto invaſore, qui furi ſimilis, *l. 37. h. t.* agit de impenſis domino vindicanti non utilibus, quas poſſeſſor tantum tollit, nam durum foret dominum adigere ad præſtationem impenſarum ſibi haut utilium. Denique *§. 30. J. de R. D.* ibique contenta ratio de *animo donandi*, non eſt univerſalis aut ſimpliciter intelligenda, nam alioquin animus donandi etiam facultatem tollendi excluderet. Alias quæ in genere de officio domini, intuitu poſſeſſoris, hic dicuntur, naturalia ſunt ac Romanis ſaltem confirmatio debetur.

Observ. CCIII.

Actor hic probare debet lit. P. 2.) Quæ de probatione hic habentur, illa iterum ex communibus æquitatis & prudentiæ regulis reſultant. Diſpoſitio autem pœnalis contra mendacem reum comparata, poſiti-

ſitiva & memorabilis eſt, poteſtque actori inſigne afferre emolumentum, ſi modo in Judiciis noſtris attenditur.

Observ. CCIV.

Aut ab hoſtibus redemta lit. E.) Subeſt hic ratio ſpecialis, nam ab hoſtibus capta amittuntur, nec habent regulariter poſtliminium, hinc ſi quis ab hoſte quid compareт, is à vero domino rem accipit, hinc antiquus dominus rem amplius vindicare nequit, ſed dato pretio eam â volente emit. In Electoratu tamen Saxoniæ hæc demum procedunt, ſi quis, dum ab hoſte rem redemit, ratione pretii ab antiquo domino recipiendi, judicialiter proteſtatus ſit *DECIS. NOVISS. 90.* Quæ alias de exitu rei Vindicationis *AUTOR lit. E.* differit, illa naturalia ſunt, modus tamen executionis faciendæ â jure poſitivo eſt, nec hodie contra contumacem jusjurandum in litem adhiberi ſolet, ſed res potius ipſi aufertur.

Tit. II.
DE PUBLICIANA IN REM ACTIONE.

Observ. CCV.

Est actio in rem) Quando dominium aut ſervitutem plene probare poſſumus, tum actio inde competens dicitur, *Rei Vindicatio* & *Confeſſoria*, ſi autem ea ſaltem afferre queamus, ex quibus probabiliter utrumque jus præſumitur, tum *naturaliter* utique actio etiam competit, nam jus præſumtum ſatis efficax cenſeri debet contra illum, qui pari jure deſtituitur. Hactenus igitur Rei Vindicatio & Confeſſoria, etiam in caſu dominii & ſervitutis probabiliter præſum-

ſumtæ, inſtitui poſſunt. Sed Romani putabant, jure civili nullam hoc poſteriori caſu competere actionem *l. 24. de R. V. §. 4. J. de interdict.* Virum Prætor *PUBLICIUS* ob rationem æquitatis modo datam, in ſuo Edicto aliquam aſſeruit, ac deinceps procul dubio, *peculiarem formulam* dedit, inde invaluit nomen *actionis Publicianæ.*

2. Eſt igitur illa ipſa actio, quæ ex dominio vel ſervitute præſumta deſcendit, & Prætor eam non tam introduxit, quam potius detexit, habituque externo induit. In hunc ſenſum accipienda *Definitio lit. D.* & *cauſa efficiens lit. C.* Oritur ſcilicet hæc actio ex *dominio*, ſed non tantum, verum ex alio etiam jure reali *l. 11. §. 1. h. t.* Non autem jura illa *finguntur*, ut *AUTOR* ait, ſed *præſumuntur*, quæ duo differunt. Et hæc agnovit aſſeruitque *PUBLICIUS* propter *æquitatem* (quam antea indicavimus) & *neceſſitatem lit. C.* hypotheticam nempe, quæ ex perverſa Romani fori explicatione reſultaverat.

OBSERV. CCVI.

1 *Requiritur igitur lit. R.*) Ut publiciana aſſeri queat, illa omnia adeſſe debent, ex quibus dominium vel aliud jus præſumimus *d. lit. R. n. 1. ſeqq.* Ex quo liquet, inepte nonnullos *traditionem* præciſe requirere, nam Prætor ejus ſaltem fecit mentionem, quia plerumque ad dominium conſtituendum illa concurrit, adeoque ex ea hoc præſumitur. Quod autem certo in caſu, dominium ſine traditione conſtituatur, adeoque ſine hac illud præſumi queat, tum etiam Publiciana citra traditionem aſſeri poterit. Sane qui diſſentiunt, ſcopum Prætoris aut fundamentum, ex quo univerſa illa diſpoſitio Prætoris fluxit,

xit, non assequuntur. Porro non opus est, ut cum *AUTORE* inter *strictum jus* & *interpretationem* distinguamus, nam nec jure stricto traditio semper requiritur. Quando autem requisita bene se habent, tum competit hæc actio certis personis *lit. S.* contra possessores *lit. P.* quorum idem est officium, quod eorum, qui rei vindicatione conveniuntur, *lit. O.* de quibus plura dicere non attinet.

OBSERV. CCVII.

Si diversi non domini vendiderint, potior causa est possidentis lit. R.) In his & sequentibus verbis *AUTOR* tacitè conciliare nititur, *l. 9. §. 4. h. t.* cum *l. 31. §. fin. de A. E. V.* Nimirum cum *ULPIANUS* in *d. l. 9. §. 4.* ex duobus emtoribus, qui eandem rem à diversis non dominis emerant, & nunc de ea litigant, illum, qui possideat, præferendum existimet, sed *NERATIUS* in *d. l. 31. §. fin.* pro eo, cui primum res tradita est, pronunciet, hinc conatus interpretum eo tendit, ut *ULPIANUM* de *casu emtorum inter se litigantium*, *NERATIUM* vero, *de casu, ubi illi contra tertium agunt*, accipiant. Verum (1) ne leve quidem indicium exstat de tertio possessore in *d. l. 31. §. fin.* quin potius totus contextus arguit, comparari duos emtores, non ratione tertii, sed erga se invicem; (2) esto, quod te tertio possessore ibi agatur, attamen ratio, ob quam prior accipiens alteri præfertur, desumitur *à prioritate traditionis*, quæ adeo efficax quoq; erit contra alterum emtorem possidentem, nam quæ ratio priorem accipientem alteri præfert, si tertius possideat, illa quoque ei prærogativam tribuit, si ipse emtor & posterior accipiens rem teneat, minimùm hoc tamdiu erit præsumendum, donec

donec ratio diſparitatis fuerit adducta, quod fortaſſis non facile fiet. Alii contendunt in *d. l. 31.* non liquere, duobus rem fuiſſe traditam, ſed eundem, cui res primum tradita ſit, fuiſſe etiam poſſeſſorem, *vid. HUBER. in poſit. ad ff. h. n. 5.* Verum ſatis liquet, quod utrique ſit res tradita ex verbis: *traditaque eſt*, ut &c, *qui prior jus ejus apprehendit*, & aliàs vix operae fuiſſet pretium, de hac re quæſiviſſe, cum de jure civili ſatis certum ſit, quod is, cui res tradita eſt, præferatur ei, qui eam tantum emit.

2. Videtur igitur vera ſubeſſe antinomina, ſed *NERATII* ſententia alteri præferri debebit, nam ſi ego bona fide & juſto titulo rem ab aliquo accepi, merito inde præſumor dominus, nam quod dicitur, me rem â non-domino accipere, id *de veritate nobis incognita* accipiendum, nam juxta *opinionem & præſumtionem forenſem* tradens dominus eſt, atque ita me quoque tradendo dominum fecit. Quodſi igitur hoc poſito, rem eandem alius ab alio quodam accipiat, pro hoc nulla dominii præſumtio eſſe poteſt, quia pro priori illa militat, hinc merito prior accipiens, tanquam præſumtus dominus, poſteriori, præſumtione tali deſtituto, præfertur, quæ *d. l. 31.* ſententia & ratio eſſe videtur. Exinde tamen etiam liquet, quomodo textus contradicentes poſſis conciliare, nimirum diſtinguendum erit, utrum *tempore mota controverſia de vero domino non conſtet*, tum habebit locum ſententia *NERATII* juxta ea, quæ proxime diximus, an *ille apparuerit*, tum poſſeſſor erit defendendus juxta *l. 9. §. 4. h. t.* nam vero domino apparente, pro priori accipiente nulla amplius eſt

præ-

præſumtio, hinc etiam poſteriori, accipienti eidemque poſſeſſori præferri nequit.

Observ. CCVIII.

Hinc uno libello hæc actio ſucceſſive ſive alternative jungi ſolet cum rei vindicatione lit. S.) Ex dictis *obſerv. 205. 206.* liquet, quod actio publiciana, ob Romanorum ſtrictum jus, & proceſſum formularium, videatur invaluiſſe, cum autem illa in Germania ceſſent, hinc nec actio publiciana amplius neceſſaria erit, ſed potius rei vindicatio ſimilisque actio realis, utroque caſu, & ubi jus *plene &* ubi ſaltem *præſumtive* probari poteſt, recte inſtituetur, hinc etiam cautela, de *cumulanda rei vindicatione* & *publiciana*, quam *AUTOR* hic inculcat, moribus noſtris non eſt adeo conſentanea. Interim licet nomen actionis publicianæ hodie non ſit neceſſarium, ultro tamen illud omnino adhiberi poteſt, imo nonnunquam prudenter aget Advocatus, ſi cautela memorata utatur, ne forte â Judice ſeculi flaviani parum gratam aliàs audiat ſententiam.

Tit. III.
SI AGER VECTIGALIS, ID EST EMPHYTEUTICARIUS PETATUR.

Observ. CCIX.

Contractus emphyteuticus) Poterunt hic duo ſpectari: (1) ipſe *contractus*, qui *lit. D.* †. *C. C. O. A.* exponitur, quæ omnia naturalia ſunt, ut nihil Romanis, niſi forte nomen, debeatur *lit. C.* id addo, plane opus non videri, ut peculiarẽ contractum emphyteuticum aſſeramus, ſi enim gratis in alterum dominium transfera-

K

feratur,erit *donatio*, si interveniente pretio, *emtio & venditio*,& licet speciale quid,quoad præstationem Canonis annui accedat, ideo tamen perinde opus non erit peculiarem comminisci contractum, atque nullus asseri solet,quoties à consuetis regulis alias receditur. *STRUVIUS exercit.11.§.62.63.* putat *promissionem* emphyteuseos fieri emtione venditione vel simul contractu, sed *constitutionem* contractu emphyteutico & traditione, eodem fere modo, quo feudum promitti ac constitui solet. Sed ista quidem sententia nullo fundamento nititur adeoque rejicienda est, neque enim istæ ambages ullo in loco proditæ sunt; (2) *contrahentium officium*, jure naturali obligantur ad fidem servandam, sæpe tamen quæstiones voluntatis oriuntur, quæ juxta consvetas interpretandi regulas decidi debent *lit. E.* in qua doctrina nihil Romanum est, nisi actionum nomina.

OBSERV. CCX.

Re autem tradita constituitur jus emphyteuticum lit. E.) Est hoc species dominii utilis, quæ non Romanis propria, sed omnibus potius gentibus communis est. Ejus constitutio est vel *naturalis*, quando inter vivos, contractu emphyteutico, vel in eventum mortis, ultima voluntate constituitur, modum tamen constituendi etiam hic lex positiva definit; vel *civilis* seu *positiva*, quæ fit per præscriptionem, ad quam regulariter *possessio*, qua quis jus sibi asserat, *bona fides & lapsus temporis præfiniti* requiritur, si non dominus rem teneat, etiam *titulus* accedere potest, *vid. STRAUCH. ad J. Exerc. 7. §. 20.*

OBSERV. CCXI.

Hoc jus transmittitur ad hæredes lit. S.) Sicut cir-

circa dominium in genere, ita etiam ſpeciatim circa emphyteuſin ſpectari poteſt (1) *libertas alienandi*, hæc quoad ultimam voluntatem illibata eſt, ceu docet *AUTOR*, quamvis quoad emphyteuſin Eccleſiaſticam nonnulli diſſentiant, *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 15. §. 12.* quoad actus vero inter vivos eadem lege civili eſt reſtricta, ut nimirum ſine *conſenſu domini* alienatio fieri nequeat, ceu contendit *AUTOR*. Sed nimis generalis eſt hæc doctrina, hinc potius dicendum, quod *venditio, ſine denunciatione domino facta, fieri nequeat*, ob jus ſcil. protimiſeos, quod hoc caſu, itidem ex legis civilis proviſione, intra duos menſes ei competit, quodſi autem intra hoc tempus voluntatem ſuam non declaraverit, tum licite emphyteuſis venditur, breviter: *non poterit vendi ſine domini ſcientia, bene tamen ſine conſenſu*, in aliis autem alienationibus, domini ſcientia nequidem neceſſaria videtur, *l. 3. C. de jur. emphyt.* A novo emphyteuta domino debetur laudemium, cujus tum *quantitas*, tum *ſolvendi neceſſitas*, magis ex moribus germanicis, quam jure civili dijudicari debet; (2) *effectus*, quicquid dominium alias operatur, illud quoque efficere ſolet emphyteuſis, de quo *lit. E.* quæ omnia naturalia ſunt, ut nihil, niſi actionum nomina, Romanis adſcribenda videantur.

OBSERV. CCXII.

Extinguitur jus emphyteuticum) Vel *naturaliter* ob conſenſum, quo pertinet doctrina *lit. C. n. 1. 2. 4. 5.* vel ex *diſpoſitione juris civilis* per *præſcriptionem n. 3.* (quæ *poſſeſſionem*, *bonam fidem* & *lapſum temporis* requirit, ſi non domini emphyteuſin teneant,

ex *titulo* etiam illa oriri potest) ulterius *deteriorationem n. 6.* porro *venditionem,* sine scientia domini factam ac plene consummatam *arg. 11. ff. 55.* sic capienda doctrina *n. 7.* cum autem in Saxonia res immobiles ante resignationem judicialem non censeantur plene alienatæ, dominus vero emphyteuseos regulariter etiam sit dominus jurisdictionalis, adeoque sine ejus scientia alienatio plena fieri nequeat, hinc *CARPZOV. p. 2. C. 38. D. 13.* pœnam juris civilis in Saxonia non adeo obtinere concludit; denique ob *non solutum canonem n. 8.* circa quam dispositionem solennes quæstiones occurrunt, de quibus passim interpretes.

2. Ut exempli loco nonnullas adducamus, quæritur (1) an si ex pluribus emphyteutis unus non solvat, solventi quoque emphyteusis adimatur? quod negandum, *vid. CARPZ. p. 2. C. 38. D. 5.* (2) an evitet amissionem, si ideo non solvat, quod compensare queat? quod simpliciter affirmandum putamus, compensans enim jam olim solvit, *diff. ZOES. ad ff. locat. n. 8.* (3) quis emphyteutam privare possit? dominus non hæres, *arg. l. 7. C. de revoc. donat.* (4) cui emphyteusis auferenda? soli emphyteutæ, non hæredi, licet hoc præcipiat *ZOESIUS d. l.* (5) quomodo fiat ablatio? per processum judicialem *ZOES. d. l. n. 93.* (6) à quo tempore? à facta Domini declaratione, hinc fructus interim perceptos emphyteuta lucratur *vid. CARPZ. p. 2. C. 38. D. 12.* (7) quando cesset amissio? de quo *AUTOR* verbis: *nisi emphyteuticarius,* cui doctrinæ quoad purgationem moræ & remissionem tacitam contradicit *HUBER. in posit. ad J. de locat. n. 28. 29.*

OB-

OBSERV. CCXIII.

Affinia hujus contractus) Ad ea quoque refertur *Affictus*, cujus fit mentio in *cap. fin. X. de restit. spoliat.* & est *locatio compascuorum pro animalibus relictorum* ex sententia quorundam *vid. EKHOLT ad. ff. locat. §. 10.* Alii sic dicunt: Est *contractus, quo pro parte fructuum exigua, alicujus prædii usufructus, impensis & periculo conducentis, per aversionem ita alicui conceditur, ut utrique possessio & jus percipiendi sibi ex contractu debitam fructuum partem competat.* Ita ex *JANI differt.* de affictu, refert *LYSER in jur. Georg. l. 1. c. 22. n. 12.* addens, contractum sic dici ab *affittare* vel *fittare*, locare conducere, eundem quoque affictus contractum, illis locutionibus: *dare ad firmam, accipere ad coptimam*, à contume, costuma consuetudine, indicari.

LIB. VII. TIT. I.

DE USUFRUCTU.

OBSERV. CCXIV.

SErvitus) Sumitur vel pro *jure*, vel pro *obligatione. AUTOR* utrumque significatum conjunxit. De cætero servitus ejusque variæ species, hic relatæ, ex communibus resultant principiis, adeoque aliis gentibus satis sunt notæ, nec præcise hæc cognitio à Romanis repetenda.

OBSERV. CCXV.

Constituitur à lege lit. C.) Constitutio in universum est vel *civilis*, quam *AUTOR* innuit, dum usumfructum, à lege, Judice & præscriptione constitui ait; vel *naturalis*, quando mutuo consensu vel in eventum mortis, vel inter vivos, jus illud produci-

tur. *Modum* tamen etiam hic ſæpe lex poſitiva definit, in ſpecie, ex ejus præſcripto, ad uſumfructum inter vivos conſtituendum requiritur traditio, *vid. VINN. ad §. fin. J. de ſervit. n. 5.*

OBSERV. CCXVI.

Concurrente bona fide & titulo) Uſusfructus præſcribi poterit, ſi adſit (1) poſſeſſio, quæ animum acquirendi indicet, (2) bona fides & (3) lapſus temporis præfiniti. Sed (4) Titulus intervenire nequit, quicquid *AUTOR* in contrarium dicat, nam eo interveniente, non opus eſt præſcriptione, ſed potius conſenſu uſusfructus conſtituitur. Quodſi autem quis domini *ſilentium* vel *patientiam* pro Titulo habere velit, is in terminis luderet, ita enim titulus in materia præſcriptionis non ſumitur. Poteſt interim quis ſuo ſenſu abundare, modo perpendat, ſe iis, qui Titulum negant, hac ratione non contradicere. Quod ſi Non-dominus rem teneat, tum etiam ex Titulo præſcriptio Uſusfructus oriri poteſt, nec tamen præciſe hoc caſu idem eſt neceſſarius, nam ſi Non-dominus expreſſo ſuo conſenſu præſcriptioni anſam præbere poteſt, idem etiam efficere poterit, conſenſu tacito, ſeu ſilentio & patientia.

OBSERV. CCXVII.

Acquirere poſſunt uſumfructum omnes lit. S.) Doctrina de perſonis uſumfructum acquirentibus, iterum juris Gentium eſt, quod tamen uſusfructus filiofam. relictus, Patri quoque acquiratur, id ex jure Romano eſt, quæ diſpoſitio uti nullâ laborat iniquitate, adeoque merito obſervatur, ita præciſe non erat neceſſaria, nam Patri potuiſſet competere, vivo filio ac in poteſtate exiſtente, uſusfructus exercitium,

per-

perinde sicut id emtori, donatario vel conductori competere solet.

Observ. CCXVIII.

In corporales lit. O.) Materia usufructus ex communibus fluit principiis, ille autem error, quo in *rebus corporalibus* & *incorporalibus*, tanquam duobus distinctis objectis, ususfructus consistere putatur, juri Romano, vel ejus interpretibus proprius est, nam aliàs, juxta rei veritatem, res incorporalis seu jus, certo modo concessum, semper facit usumfructum, res vero corporalis ejus objectum unice constituit. Hinc si quis etiam Nominis usumfructum habere dicatur, Nomen ipsum facit usumfructum, sed pecunia vel similis res, exinde percipienda, ejus objectum. Sed hæc ad Scholas, & solidam cognitionem pertinent, in foro usum non adeo habent.

Observ. CCXIX.

Usufructu legitime constituto lit. E.) Quæ hic de *jure* & *obligatione* vel *usufructuarii*, vel *Proprietarii* dicuntur, illa omnia naturalia sunt, ac ex usufructu constituto, necessitate velut naturali fluunt. Jus Romanum illa confirmat, ac actionibus forensibus nomina largitur, nonnunquam etiam otiose, tricatur, quale est illud, *quod usufructuarius jus possideat civiliter, rem verò naturaliter*, nam harum denominationum nulla est utilitas vel necessitas.

Observ. CCXX.

Proventus metallicos, modo hi renascantur lit. E.) Jus positivum quoque aliquando definit, quid circa usumfructum pro *substantia*, quid pro *fructu* haberi debeat, quæ definitio inprimis quoad proventus metallicos necessaria est, nam poterit probabiliter tota metallo-

rum massa, in terra latens, ac in multos annos forte suffectura, pro *substantia* haberi, juxta quod proventus metallici *fructuum* instar erunt, atque hæc sententia placuit juri civili, *si proventus renascantur*, quæ tamen conditio non videtur dabilis. Nec minus probabilis est altera sententia, quæ proventus metallicos pro *substantia*, emomulentum vero inde percipiendum, pro *fructu* habet, quæ probatur in Electoratu Saxoniæ quoad usumfructum legalem *P. 3. Const. 25.* nec dubitem, illam dispositionem ad testamentarium & conventionalem esse extendendam. Alibi tamen forte jus civile observatur, de civitatibus montanis DucatusBrunsuico-Luneburgensis ejus usum asserit *EISENHART de regal. metallif. jur. c. 4. §. 17.* Cæterum hactenus dicta pertinent ad metallifodinas ante usumfructum institutas, nam si usufructuarius in fundo usufructuario de novo venas metallicas aperiat, de iisque investiatur, tum illæ ad ipsum, dominio irrevocabili, juxta jus Germanicum, pertinent, hinc apud nos *l. 9. §. 3. l. 13. §. 5. 6. de usufr. l. 7. §. 13. 14. solut. matrim.* nullum habent usum, qua de re pluribus egi *in dissert. de jur. metallor. §. 32. 34.*

OBSERV. CCXXI.

Æs alienum nec usufructuarius omnium bonorum exsolvit) Hoc tamen ante usumfructum concessum deducitur, hinc res tandem eodem recidit & æris alieni incommodum in effectu utique Usufructuarius sentit.

TIT.

Tit. II.

DE USUFRUCTU ACCRESCENDO.

Observ. CCXXII.

Usufructus accrescit) Poterat oriri dubium circa voluntatem testatoris usumfructum pluribus legantis, ad quem, uno vel altero usufructuario deficiente, portio vacans pertinere debeat, an ad testatoris hæredem, an ad cæteros legatorios? hoc igitur pro his lex Romana decidit, cujus determinationem merito sequimur.

Tit. III.

QUANDO DIES USUSFRUCTUS LEGATI CEDAT.

Observ. CCXXIII.

Ab adita hæreditate) Alia quæstio voluntatis, à quo scilicet tempore ususfructus, ex mente testatoris, acquiratur, jure Romano definitur, quæ interpretatio hactenus utique admittenda erit, cum authentica doctrinali præferatur. Interim potuisset etiam constitui, ut ususfructus pure legatus à tempore mortis acquireretur, nam licet jus utendi fruendi ad hæredes non transmittatur, quod *AUTOR* urget, attamen hoc non impedit, quo minus à die mortis acquisitio ususfructus fiat, effectus enim hic foret, ut Usufructuarius vivus ab hoc tempore fructus acquirat, aut etiam eos, si ante aditionem hæredis moriatur, ad hæredes suos transmittat.

TIT. IV.
QUIBUS MODIS USUSFRUCTUS ET USUS AMITTITUR.

OBSERV. CCXXIV.

Finitur ususfructus) Modi usumfructum tollendi sunt vel *naturales*, qui ex consensu vim sortiuntur, quo pertinet (1) *mors n. 1.* nec enim ultra vitam consensum est, etiamsi, ut præcipit *AUTOR*, *ante diem vel conditionem* (resolutivam) *illa accidat*, nam dies vel conditio eo saltem fine adjecta censetur, ut ultra eam ususfructus non duret, licet usufructuarius diutius vivat, quodsi igitur mors ante illa eveniat, tum manet jus commune (2) *diei vel conditionis existentia n. 2.* (3) *totalis rei interitus n. 5.* (4) *resolutum jus constituentis n. 6.* (5) *consolidatio n. 7.* Vel *Civiles*, quorum efficacia ex lege civili est. Eo spectat (1) *lapsus 100. annorum* quoad personas morales compositas *n. 1.* (2) *capitis diminutio n. 3.* (3) *præscriptio partialis*, si non utamur per modum, & *totalis*, si non per tempus *n. 4.* (4) *Cessio extraneo facta n. 8.* si modo illa admitti debet.

OBSERV. CCXXV.

Hæredibus simul constitutus, *defertur primis*) Si ex circumstantiis hæc testatoris voluntas appareat, tum sententia *AUTORIS* erit admittenda. Aliàs ex *cit. l. 14. C. de usufr.* illa non probatur. *BACHOV. ad J. de usufr. §. fin. n. 2.* ait: *se tam crassum errorem* (quo præcedens assertio ex *d. l. 14.* probatur) *satis mirari non posse.* Illud certum, quod in illo textu non sit sermo de *harede usufructuarii*, sed *testatoris*. Scilicet legaverat quis alicui fundum ea lege, *ut usus-*

fru-

fructus apud hæredem (à testatore institutum) *maneret.* Dubitabat antiquitas de valore hujus legati, ideo quod, cum usufructus apud hæredem manere deberet, hæc autem denominatio in infinitum extendi posset, nunquam ille ad proprietatem reverti posse videatur. Sed *JUSTINIANUS* Eam fluctus in simpulo movisse ostendit, cum nulla in parte hic casus à consuetis usufructus regulis abeat, id quod etiam nimis manifestum est, nam per hæredem intelligitur *ordinarius usufructuarius*, ac isto nomine saltem designatur, quia simul à testatore hæres erat institutus.

OBSERV. CCXXVI.

Cessione extraneo facta) Quod per hanc statim amittatur Usufructus, id non satis liquidum est. Sane quod cedens se penitus abdicet suo jure, adeò ut ex hac causa ad proprietatem id statim revertatur, illud quidem dici non potest, cùm satis manifestum sit, cedentem saltem ratione extranei suo juri renunciare, quod si vero hic, juxta Ejus votum, illo frui nequeat, tum neutiquam illud plane abjicit, ut Proprietarius statim sibi asserere queat. Possunt huc quodammodo inflecti verba §. 1. *J. de donat. Cedens extraneum magis, quam se vult habere, magis tamen se, quam proprietarium.* Ergo in pœnam cessionis, amissionem sancitam esse oportet! Sed talis sanctio probari nequit, nam *in l. 66. de jur. dot.* satis liquere videtur, quod hoc solùm JCtus intendat, maritum, cum post divortium penitus usumfructum in uxoré transferre nequeat, eo modo transferre eum debere, quo possit, juxta illud: *facimus ut quimus, quando, ut volumus, non licet*, quamobrem non *cedit*, sed *conce-*

dit

dit uxori usumfructum, seu non *jus*, sed *exercitium ejus* in eam transfert.

OBSERV. CCXXVII.

Finito usufructu res cum fructibus lit. E.) In hoc & similibus casibus, ubi res aliqua defuncti hæredibus aufertur ac in alios transit, de fructibus non usque adeo expedita quæstio incidere solet, quam etiam leges positivæ variè determinant, ceu exemplo juris Romani & Saxonici intelligitur. Posset omnis illa difficultas ac incertitudo sanctione planissima & æquissima tolli; si fructus pendentes eorumque impensæ inter defuncti hæredes & futurum successorem pro rata temporis dividerentur, de quo dixi in jur. feudal. *c. 26. §. 70. seqq. §. 82.*

TIT. V.

DE USUFRUCTU EARUM RERUM, QUÆ USU CONSUMUNTUR.

OBSERV. CCXXVIII.

QUasi ususfructus hic est jus utendi fruendi) Rectius ita: *Est dominium in rebus fungibilibus vel æstimatis ea conditione constitutum, ut morte, capitis diminutione vel cessione accipientis interveniente, res ejusdem generis vel ejus æstimatio restituatur.* Rei datæ dominium igitur penitus in accipientem transit, jus tamen personale, quo suo tempore concedens tantundem exigere potest, est ipsi loco *proprietatis*, atque hinc similitudo cum vero usufructu exoritur.

OBSERV. CCXXIX.

IntroductusSCto lit. C.) Ex allata definitione liquet, quod quasi ususfructus sit juris Gentium, nam naturam

rerum

rerum fungibilium, juxta conditiones memoratas, eum admittere, adeoque ab omnibus hominibus illum posse constitui, satis manifestum est. SCtum itaque Romanum nihil novi constituit, sed quid fieri possit, saltem declaravit, introducta insuper cavendi necessitate.

OBSERV. CCXXX.

Constituitur à lege) Constitutio est vel *legalis* vel *consensualis*, & ob conditionem objecti, hic traditio naturaliter quoque, tam in constitutione conventionali, quam testamentaria, requiritur.

OBSERV. CCXXXI.

In rebus, quæ usu consumantur lit. O.) Sunt hæ objectum ordinarium, fieri tamen potest, ut etiam res non fungibiles, mediante æstimatione, in quasi usumfructum dentur, quod inprimis quoad res mobiles, quæ non diu durant, sed usu deteruntur ac pereunt, fieri potest, v. gr. si quis mihi usumfructum equorum ea lege concedat, ut non illi ipsi, sed eorum æstimatio, vel alii ejusdem valoris equi reddantur, ex qua concessionis ratione id commodi accipiens sentit, quod res interim gratis accipiat ac minori incommodo pretium earum deinceps præstare possit. Interim non consultum est, res accipere in quasi usumfructum, ubi eas in verum habere licet, ceu bene admonuit *Dn. BERGER in resol. b.* Atque juxta hunc sensum etiam vestimentorum quasi ususfructus esse potest, quem forte etiam *TRIBONIANUS* in §. 2. *J. de usufr.* respexit.

OBSERV. CCXXXII.

Hic per traditionem lit. E.) Effectum factæ concessionis *AUTOR* declarat *lit. E.* in specie recte asserit, quod

quod cautio non fit de *forma* quasi-usufructus, pertinet enim tantum ad *securitatem* concedentis. Quæ autem de *actione confessoria* in casu quasi-usufructus legati, sed nondum traditi, mox addit, illa explodi debent, nam videtur *AUTOR* solo usufructus nomine seductus, actionem ad veras servitutes pertinentem, huc traxisse, alias enim tractura rei eam certissime repudiat & leges citatæ nihil omnino in contrarium faciunt.

OBSERV. CCXXXIII.

Finitur lit. C.) Etiam *cessione*, si usufructuarius ante tempus ordinarium elapsum, jus suum in dominum transferat, vel hic jus personale eique respondentem obligationem usufructuario remittat. Præterea certum est, quod quasi-usufructus etiam ad *certam diem vel conditionem* constitui queat, hinc *bis existentibus* exspirabit. *Præscriptionem* autem *rei*, *interitum* & *cessionem extraneo faciendam*, conditio objecti repudiat. Nomina actionum forensium, de quibus *lit. C. in fin.* hodie sunt usus arbitrarii.

TIT. VI.

SI USUSFRUCTUS PETATUR VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR.

OBSERV. CCXXXIV.

Explicationem hujus tit.) Licet servitutes à diverso vel *subjecto* vel *duratione* distingvantur in *personales* & *reales*, attamen omnes, ratione *formæ* seu *essentiæ*, sunt *jura realia*, hinc etiam indistincte actione *confessoria* vindicantur, & *negatoria* eliduntur, qua-

quarum adeo explicationem generaliter deinceps *AUTOR* instituet.

TIT. VII.
DE OPERIS SERVORUM.

OBSERV. CCXXXV.

SErvitus operarum) Circa operas serviles triplex occurrebat jus, nempe *ususfructus*, *usus* & *peculiaris operarum servitus*, quæ jura satis distinguere, forte non ubique satis in proclivi fuit. Forte etiam ab hominibus malè solertibus, discrimen ad lites multiplicandas fuit introductum! quod tamen certè non dixerim.

TIT. VII.
DE USU ET HABITATIONE.

OBSERV. CCXXXVI.

USus est jus) Inter usum, quem hic *AUTOR* consueta methodo expendit, & usumfructum, gradualis est differentia. Cum enim ille ad quotidianum & necessarium usum repertus à Romanis credatur, hinc fluit necessitas immediatæ & parcioris perceptionis, quæ in usufructu longe largior est. De cætero discrimen illud pro ratione *personarum* & *rerum* nunc intenditur, nunc remittitur. Crediderim ob lubricam æstimationem, quæ nonnunquam occurrit, Usum esse hodie rarioris usus, cum melius videatur, si amicis vel omnino non, vel large satis prospiciamus.

OBSERV. CCXXXVII.

Quod ex habitatione accedit) Habitatio minus jus est Usufructu ædium, nam qui hunc habet, potest ex ædi-

ædibus omne emolumentum, quod salva earum substantia, & modo honesto percipi potest, percipere, sed habitator saltem percipit commodum, quod habitando percipitur, hinc præjudicium apud *HAHN loc. cit.* Daß der Habitator, vermöge obgedachter Beylage, nicht weiter denn zur Wohnunge, nicht aber zu Haltung Viehes, wie auch Einerndtung und Einbringung Futters in die Scheuren, berechtiget sey.

TIT. IX.

USUFRUCTUARIUS QUEMADMODUM CAVEAT.

OBSERV. CCXXXVIII.

Cautio usufructuaria) Est dubio procul actus, omnibus Gentibus communis, quem æquitas naturalis etiam suscipi jubet, sed obligatio magis adstricta, ex *jure Romano* est *lit. D.* fructus tamen ante cautionem præstitam perceptos, usufructuarius non restituit, pertinet enim illa saltem ad securitatem, non vero est conditio sine qua non, hinc sine ea fructus etiam recte percipiuntur. Quodsi tamen hæres rem usufructuariam possideat, eamque, nisi præstita cautione, præstare nolit, tum ipse fructus usque ad cautionem lucratur, usufructuarius enim, moras nectendo, in hoc consentit, atque eo pertinet *obstans l. 24. de usufr. legat.*

OBSERV. CCXXXIX.

Prætoria præstatur in vero lit. C.) An prætor vel lex civilis necessitatem cavendi introduxerit, illud in Germania frustra inculcatur, quousq; autem illa fuerit

rit extensa, *AUTOR* quoad personas, quibus cavetur *lit. P.* & quæ cavent *lit. S.*, amplius ostendit.

OBSERV. CCXL.

In vero usufructu cavetur lit. F.) Sensus cautionis ex fine facile intelligitur, quod caput juris Gentium est, *modus* vero cavendi *lit. Q.* iterum est ex jure Romano. Denique *officium* caventis *lit. E.* jure naturali dirigitur, de nominibus autem actionum hodie non valde laborandum est.

OBSERV. CCXLI.

Excludunt hanc cautionem lit. C.) Sicut lex ipsa cavendi necessitatem aliquando tollit, ita cum in favorem proprietarii eam regulariter introducat, hinc illam proprietarius omnino remittere potest. Id vero singulare, & juri Romano adscribendum est, quod Testator eam remittere nequeat, nam cum proprietatem legare potuisset, videbatur potestas cautionem remittendi, ei quoque adscribenda. Illud autem facile liquet, quod cessante cautione, jura & actiones non cessent, de quo *in fin. h.* illa enim hæc non introducit, sed saltem firmat.

LIB. VIII. TIT. I.

DE SERVITUTIBUS.

OBSERV. CCXLII.

SErvitutes) Occasione vicinitatis, inter homines invaluêre servitutes, hinc dubio procul juris Gentium sunt. Interim Romani accuratius eas circumscripserunt, ita ut præcise ex utilitate prædiorum, quam aut accipiunt, aut præstant, æstimari illæ debeant. Nonnunquam etiam ultra debitos limites

L viden-

videntur procurriſſe Romani, ac nimia accuratione variis litigiis anſam dediſſe.

OBSERV. CCXLIII.

In urbanas & ruſticas) Si omnino hæc diviſio admittenda, tum explicatio ejus, quam *BACHOVIUS* & *VINNIUS* dant, communi eſt probabilior. Sed tota illa diviſio nullius eſt momenti, nec alio pertinet, quam ut circa eam vanæ concertationes moveri queant, jura enim ſunt eadem, ſive ſervitutem ruſticam ſive urbanam dicas. Vulgò quidem quoad præſcriptionem, multum inter eas putant intereſſe juxta *l. 6. de S. P. U.* ſed fallacia cauſæ committitur, nam diſcrimen illud non à qualitate ruſtica & urbana ſed ab intrinſeca ſervitutum diverſitate dependet, ceu ad *tit. 6.* pluribus oſtendam, *add. Dn. THOMAS. diſputat. de ſervitut. ſtillic. hab. Lipſ. 1689.*

OBSERV. CCXLIV.

Nam ratione eſſentiæ ſuæ ſervitutes omnes ſunt continuæ) Doctrina hæc eſt ambigua, clarius forte ita: Servitus eſt continua (1) ratione *juris & obligationis*, ſed (2) reſpectu *utilitatis præſtandæ* quædam ſervitutes ſunt *continuæ*, ut negativæ & ex affirmativis v. gr. ſervitus oneris ferendi, tigni immittendi, quædam *diſcontinuæ*, ut ſervitus itineris, actus aliæque. Præterea (3) ratione *aptitudinis utilitatem recipiendi aut præſtandi*, Romani ſervitutes voluerunt eſſe continuas, quo pertinet regula: *Servitutes debent habere cauſam perpetuam*, ſed eos neque in explicatione cauſæ perpetuæ, neque in regulæ applicatione ſibi ſatis conſtitiſſe, ac omnem illam ſubtilitatem foro diſplicuiſſe, pluribus contendit *THOMAS. d. diſſert. §. 26. ſeqq.*

2. Nos

2. Nos pauca annotabimus. Videtur igitur (1) doctrina illa præcipue pertinuisse ad servitutes affirmativas, quarum usus per intervalla suspenditur, (nam in negativis & affirmativis, quarum usus est continuus, de causæ perpetuitate non adeo potest dubitari) deinde (2) causa perpetua modo ad prædium dominans, modo serviens refertur. Primo respectu per *causam* intellexêre incommodum, quod in aliud prædium avertere cupimus, *perpetuitatem* verò *causæ* ex eo æstimarunt, si quid naturaliter, licet non assidue, fiat *l. 28. de S. P. U.* Altero autem, per *causam* intelligunt commodum, quod aliunde accipimus, *perpetuitatem* verò hic non simpliciter ex eo, quod naturaliter quid fiat, judicant, sed potius, ut *naturale* & *perpetuum* sit, simul exigere videntur *d. l. 28.* & *l. un. §. 4. de font.* Juxta hæc adeò, quoad *definitionem causæ perpetuæ*, à contradictione, quam ipsis imputat *Dn. THOMAS. d. dissert. §. 30.* liberari possunt Romani, nimirum dicunt, *causa perpetua est, quæ naturaliter fit*, &: *cisterna non habet causam perpetuam*, cum tamen *imbribus, adeoque naturaliter concipiatur d. l. un. §. 4. de font.* nam dicendum est, quod prior descriptio ad prædia dominantia pertineat, in servientibus autem, de quibus altera propositio loquitur, non sufficiat, sed in his potius requiratur, ut utilitatem & naturaliter, & perpetuo, seu suo velut marte præstent.

3. Jam quod usum regulæ attinet, in ejus applicatione, quoad prædia dominantia, sibi non satis constitêre Romani, quoad servientia autem, Praxi & foro eadem displicuit. Sic in *l. 28. de S. P. U.* servitus, pavimenti proluendi causa, constitui posse negatur,

quod non adſit cauſa perpetua, ſeu naturalis, & tamen ſervitus fumi *l. 8. §. 5. ſi ſerv. vind.* cloacæ in *l. 7. de ſervit.* admittitur, ſed & hæc incommoda non naturaliter exiſtunt, ſed manu fiunt, certe ſolida diverſitatis ratio inter illa non facile reddi poteſt, licet hoc interpretes conentur, *vid. HUBER. in poſit. ad ff. commun. prædior. n. 4. ſeqq.* Porro ex ciſterna ſervitutem concedi poſſe negatur in *l. un. §. 4. de font.* quia non habet cauſam perpetuam, ſeu aquam vivam, ſed hodie ex quocunque loco conſtitui ſolet, ait, *l. 9. de S. P. R. add. THOMAS. d. diſſert. §. 34.* Ex quibus facilè liquet, in Germania inanes illas ſubtilitates nullius eſſe uſus, ſed conſtituendis ſervitutibus, quævis commoda vel incommoda, quæ circa prædia occurrere ſolent, ſufficere.

Observ. CCXLV.

Conſtituuntur à lege lit. C.) Servitutum conſtitutio eſt vel *civilis* vel *naturalis* juxta ea, quæ circa uſumfructum *Obſerv. 215. 216.* diximus. Ambages autem illæ, quas circa perſonas conſtituentes & acquirentes ſubinde fecerunt Romani, dum ſtricto jure ſervitutem conſtituere poſſe negantur, ſed tamen ex æquitate Prætoria ad conſtitutionem vel acquiſitionem admittuntur, hodie nullius uſus ſunt. Idem dicendum de illa diſpoſitione, qua vicinus vel ſocius alteri ſervitutem acquirere poſſe negatur, nam eſt conſectarium ejus, quæ ſtipulationem tertio factam generaliter improbat, quæ hodie ceſſat, & utique valent illa negotia, ſi tertii ratihabitio ſequatur, de quo in loco proprio pluribus dicemus.

Ob-

OBSERV. CCXLVI.

Nam proprietarius ne consentiente quidem usufructuario potest lit. C.) Proprietarius enim servitutem suo saltem consensu imponere nequit, propter jus usufructuarii, hujus autem consensus nihil conferre potest, ad onus reale & perpetuum imponendum, ita *BACHOV. d. l.* sed rationem esse vanam facilè liquet, constante enim usufructu, consensus proprietarii & usufructuarii ad excitandam & sustinendam servitutem sufficit, illo autem sublato, ex solo proprietarii, integrum jus nunc habentis, consensu illa valet. Alii *d. l. 15. §. fin. de usufr.* emendant, & novissimè *HUBER. in Eunom. ad d. l.* post relatas varias sententias, sic tandem eam emendandam censet: *Proprietatis dominus non nisi* (pro: *ne quidem*, ceu vulgo legitur) *consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Sed de hoc alii, quibus lubet, viderint, illud certum videtur, quod dispositio, quæ juxta vulgarem lectionem adest, in Germania nullius sit usus, quis enim crediderit, quævis insulsa à Romanis nos recepisse?

OBSERV. CCXLVII.

Quasi traditione per usum & patientiam constituitur lit. R.) Cur vero quasi traditione? Nec enim *servitus*, sed *res serviens* traditur, perinde sicut se res habet in constitutione dominii, ubi non dominium, sed res datur, hac autem tradita, illud oritur? Fluunt illa ex falsis rerum moralium vel incorporalium conceptibus, interim Scholastica sunt, nec in foro nocent.

OBSERV. CCXLVIII.

In hac præscriptione requiritur quasi possessio, titulus

tulus & bona fides lit. R.) Clarius ita: Requiritur (1) *possessio*, quæ in affirmativis facto aliquo, quod dominus prædii dominantis, non vi, clam aut precario, suscipit, in negativis vero, prohibitione, domino prædii servientis facta, hujusque acquiescentia acquiritur (2) *bona fides*, (3) *lapsus temporis*. Sed (4) *titulus* regulariter non est necessarius *vid. observ. 216.*

Observ. CCXLIX.

Hæ servitutes tanquam qualitates prædiorum) Servitutes sunt ratione essentiæ suæ *jura realia*, ac contra quemvis impedientem effectum habent. Præterea verò hæ affectiones ipsis tribuuntur, sunt (1) *qualitates prædiorum* i. e. possessoribus, sub perpetuo ad rem possessam respectu, competunt) *individuæ*, quia objectum dividuum non habent, (2) *omnibus fundi servientis partibus inhærentes*, quæ inepta est subtilitas Romanorum, ab ipsis in foro statim rejecta. Quæ autem vi servitutis constitutæ fieri possint aut debeant, de quo *lit. E.* id juxta factæ constitutionis mensuram, ex communibus principiis judicandum.

Tit. II.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM URBANORUM.

Observ. CCL.

EAdem servitus) De hoc non valde esse laborandum, dixi *observ. 243*. Interim ex exemplis hujus & sequentis tituli liquet, magis ad mentem Romanorum esse illam sententiam, quæ servitutes urbanas ex ædificiis quibuscunque, rusticas verò ex

locis

locis vacuis æſtimat, quam eam, quæ ex diverſitate prædii dominantis id diſcrimen repetit, quam *AU-TOR* etiam ſequitur.

OBSERV. CCLI.

Altius tollendi) Mihi illa explicatio maximè probabilis videtur, qua una ſervitus aſſeritur, quæ reſpectu prædii dominantis, *altius tollendi*, ſervientis vero, *non tollendi*, dicatur, adeo ut prior locutio *jus*, poſterior *obligationem* notet, nam licet quis vi libertatis altius tollere queat, attamen *ſolus* hoc facere nequit, ſed hoc jus contra vicinum ſpecialiter acquirendum eſt. *AUTOR* in effectu etiam hanc explicationem ſequitur, eamque cum altera, magis communi, conciliare nititur. Eadem explicatio adhibenda eſt *ſervituti luminum* & *ne luminibus officiatur*, nec non: *Proſpectus* & *ne proſpectui officiatur*, ſunt ſcilicet termini relativi, quorum alter jus prædii dominantis, alter obligationem ſervientis, reſpectu ejusdem utilitatis, indicat.

TIT. III.

DE SERVITUTIBUS PRÆDIORUM RUSTICORUM.

OBSERV. CCLII.

SErvitutes ruſticæ ſunt) Circa eas hoc generaliter admonendum, quod quoad ſingularum effectum dijudicandum, menſura conſtitutionis, ſeu præſcriptio, teſtamentum vel conventio probe conſiderari debeant, hinc etiam non valde laborandum videtur de diſcrimine v. gr. actus & viæ in genere, quia utplurimum hæc res ſpecialiter per conventiones ſimi-

lesque actus determinatur. Alias alia etiam jura realia, quæ non sint servitutes, quoad Prædia laudantur, v. gr. jus *braxandi*, de quibus ita in genere dicendum videtur, quod toties adsit servitus, quoties ex prædio vicini utilitas percipitur, si autem indefinite ex pluribus utilitatem percipere liceat, tum jus illud rationem servitutis non habebit. Sæpe etiam talia jura nihil aliud sunt, quam effectus dominii, certe jus braxandi modo laudatum tale est, nisi forte lex positiva dominium restrinxerit.

TIT. IV.

COMMUNIA PRÆDIORUM TAM URBANORUM, QUAM RUSTICORUM.

OBSERV. CCLIII.

DE hoc tit. vide ea) Argumento hujus tituli inprimis ostenditur, quod divisio servitutum in *urbanas* & *rusticas*, nullius sit utilitatis, nam omnia capita, quæ circa servitutes occurrunt, utrobique sunt eadem, quod ex inductione constat. Unaquæque etiam servitus eum habet effectum, quem ejus indoles & constituendi ratio exposcit, à qualitate autem rustica & urbana nunquam peculiaris effectus juris dependet, hinc divisio illa, cum movendis otiosis concertationibus ansam præbeat, rectius negligitur, quam conservatur.

TIT.

Tit. V.
SI SERVITUS VINDICETUR VEL AD ALIUM PERTINERE NEGETUR.

Observ. CCLIV.

Servitus vindicatur actione confessoria) Hæc ex servitute constituta *naturaliter* descendit, quemadmodum etiam officium Rei ex *lege naturali* dependet. De cætero *AUTOR* eam satis explicat, nomina tamen actionis directæ & utilis, hodiè non necessaria, sed arbitraria sunt. Unicum speciatim observari meretur. Docet *AUTOR lit. C.* quod ex *servitute constituta hæc actio descendat*, sed *lit. O.* contendit, *quod ejus objectum sint servitutes constituta*, quomodo igitur eadem res actionis simul est *fundamentum* & *objectum*, atque ita eodem tempore penes actorem est & non est? Videtur sane ex ambigua rerum corporalium & incorporalium vindicatione, quam sibi vulgo imaginantur, hoc etiam assertum fluxisse! Interim defendi poteſt, si primo loco servitutem formaliter acceptam, seu *jus servitutis*, altero verò servitutem materialiter suppositam, i. e. *rem servientem* intelligas.

Observ. CCLV.

Actio negatoria) Est ipsa rei vindicatio, quâ dominus rem suam, ab alio ex prætensa servitute possessam, vindicat. Possessio aliqua constantior in adversario debet præsupponi, nam alias interdicto retinendæ possessionis potius is repellitur. De cætero à consueta rei vindicatione hæc differt, quod in hac

 non

non de *Dominio*, (utpote cujus respectu, actor in possessione non controversa est, adeoque eàdem securè hactenus nititur) sed saltem de *ejus libertate*, huicque *opposita servitute* quæratur, ad quam omnis etiam probatio dirigenda. Atque hinc procul dubio etiam factum est, quod non *Rei vindicatio*, sed *actio negatoria* potius audiat.

OBSERV. CCLVI.

Quæ probanda, si adversarius est in quasi possessione servitutis) Hæc sententia aliquando mihi perplacuit, sed nunc communis sententia contraria, verior videtur, nam actor simpliciter negat, adeoque moraliter ei impossibile est, negationem hanc removendo omnes actus, quo servitus adversarii sit constituta, probare, huic verò facilius est, actum aliquem constituentem allegare & probare, hinc ab eo meritò probatio semper ex igitur, quando actor servitutem simpliciter negat. Nec obsunt huic sententiæ textus *AUTORI* allegati, nam *l. 8. §. 3. h. t.* non de *onere probandi*, sed *necessitate agendi* loquitur, *l. 14. de probat.* & *l. 7. §. fin. de liberal. caus.* agunt de *libertate & ingenuitate personæ*, quæ probari potest, cum â nativitate dependent, alia verò est ratio libertatis rerum, quæ semper adest, quamdiu servitus non est constituta, hujus autem negatio probatu est impossibilis, hinc affirmanti probatio merito imponitur.

OBSERV. CCLVII.

Datur directa domino) De personis agentibus *lit. S.* & cum quibus agatur *lit. P.* nihil amplius admonendum, sed objectum *lit. O.* magis intelligetur, si dicas, *esse rem nostram ab altero ex prætensa servitute possessam.* Officium denique adversarii lege naturali

rali dirigi manifestum est, utique enim hæc à rebus alienis abstinere nos jubet, si in illis nullum jus habeamus.

2. Liceat occasione actionis negatoriæ, mentionem injicere famosi illius *casus unius*, de quo §. *2. J. de action.* agitur. Nobis verba *JUSTINIANI* controversia sic explicanda videntur. *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium* (i. e. ubi de ipso dominio quæritur) *proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet*, (huic autem nihil prodest, negatoria agere, cum non sufficiat negasse, rem alterius esse, sed dominium actoris positive probandum sit) *ei verò, qui possidet, non est actio prodita* (dominus & possessor actione negatoria non indiget, cum dominio & possessione secure nitatur) *per quam neget rem actoris esse*, (i. e. ejus, qui actor quidem nondum est, ob jactantiam tamen extrajudicialem forte talis est futurus) *sane uno casu* (quando scilicet adversarius à verbis ad facta procedit, ac possessionem in re alterius, sibi asserere incipit) *qui possidet* (dominus) *nihilominus is actoris partes obtinet* (dum scilicet interdicto retinendæ possessionis turbantem repellit, quæ actio itidem negatoria est) *sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit* (de hoc enim interdicto in lib. 43. aliquot exstant tituli.)

3. Summatim ergò circa rem nostram tres casus sunt distinguendi, vel quis (1) *sibi asserit servitutem ac possessionem quoque obtinet*, tum actio negatoria instituitur, vel (2) *dominium verbis prætendit*, tum actio aliqua negatoria non occurrit, possessor enim eâ non indiget, ei vero, qui non possidet, illa nihil prodest, vel (3) *possessionem facto sibi, aut ob jactatum dominium*

nium aut servitutem, asserere incipit, tum interdicto retinendæ possessionis, quod itidem negativum est, repellitur. Sic omnia satis plana sunt, nec opus est textus emendatione, vel violentâ aut longius petita ejus explicatione.

4. Peculiariter *Casu* illo *uno* inclarescere voluit *D. JAUCHIUS MISNENSIS*, dum *1694.* ejus *Enodationem*, qua unus ille casus, ab interpretibus hucusque frustra quæsitus, nec dum inventus ê Digestorum Voluminibus eruatur, atque Eruditis spectandus exhibeatur, publicæ luci exponere voluit. Relatis & improbatis aliorum expositionibus, summa ejus sententiæ eò redit: Controversum illum versiculum: *sane uno*, non agere de *necessitate agendi*, sed *probandi*, ac innuere talem casum, ubi sit (1) *controversia* de *re corporali*, (2) *quis possideat*, & (3) *is nihilominus actoris partes obtineat*, hoc est, *rem suam esse, probare debeat*. Hunc autem casum reperiri in *l. pen.* & *ult. de public. in rem action.* nam dominum actione publicana conventum, actoris partes obtinere, si exceptionem dominii â se objecti probare debeat, *vid. ENODAT. p. 9.*

5. Atque cum hoc invento mirificè sibi placet *D. JAUCHIUS*, hinc aliquot rationibus *p. 8.* persuadere vult, *meritò illum casum in d.* §. *2. non esse expressum*, in specie addit, potuisse *IMPERATOREM casum istum clarius indicare, sed non credidisse, tam stupidos fore interpretes, quin casum illum facilè pervidere possent.* Ipsi porro persvasissimum est; *â nemine melius quid inventum iri p. 11.* imò nihil obstare putat, quo minus *ἕυρηκα illud ARCHIMEDIS usurpet p. 14.* Adhuc, *se difficultatem d.* §. *2. opitulan-*

tulante Deo (*vid.* H*UBER. orat.* de Pedantiſmo *in Thomaſ. Philoſ. aulic. p. 290.*) *ſolviſſe*, profitetur *p. 22.* ac tandem concludit *p. 39. ſe veriſſimum eſſe expertum* illud Comici: *nihil tam difficile eſſe, quin quærendo inveſtigari poſſit.* Cum etiam poſtea ab Amicis privatim quædam dubia opponerentur, publice verò illa ſententia in Diſſertatione quadam, ſub *D. STRAUSSII, ANTECESSORIS WITEMBERGENSIS*, præſidio habita, improbaretur; *D. JAUCHIUS 1697.* Vindicias pro ſe adornavit, in iisque conjunctim objectionibus reſpondit, totam diſquiſitionem hoc epiphonemate obſignans: *Quamvis igitur interpretationes meas nemini obtrudere cupiam, & quemque ſuo abundare ſenſu facilè patiar, certus tamen ſum, à JCtis non magis alium Caſum unum, quam à Judæis alium Meſſiam eſſe expectandum.*

6. Enimvero nobis inventum illud Archimedeum à mente Imperatoris plane abludere videtur. Tres illas notas, quas poſuit *D. JAUCHIUS* & nos *n. 4.* retulimus, admittimus quidem, ſed ultima explicatio minus eſt probabilis, nam illis verbis: *Is nihilominus actoris partes obtinet*, potius intelligi neceſſitatem *agendi*, quam *probandi*, contextus ſatis perſuadet, ceu *n. 2.* oſtendimus. Sed fac, iſtis verbis *probationem* innui, (quæ ſententia quorundam non plane improbabilis eſt) illa tamen explicatio *JAUCHII*, qua hoc præciſe de *probatione dominii* accipit, mere cerebrina, & eo ſaltem fine inventa videtur, quo caſus ex *l. pen. & ult. de publ. in rem action.* gloriam Archimedis ei paraturus, deinceps huc quadraret, nam de tali probatione ſpeciali ne gry quidem

ex-

exſtat, quod rejiciendæ illi explicationi ſufficit, præterea formula illa: *Sicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit*, ſatis innuit, non reſpici ad ſpecialem caſum, ſed ad locum aliquem communem. Non obſtat, *quod tamen hic ſit quæſtio de re corporali*, nam inde non ſequitur, quod *poſſeſſor dominium probare debeat*, ſed hoc ſaltem, *quod illud probandum ſit*, an autem hoc faciat actor vel reus, hactenus nihil refert. Juxta hæc igitur non tantum caſus ex *d. l. pen. & ult. de public. in rem action.* ſed & eodem jure alter, quo dominus contra poſſeſſorem in *l. 9. pr. de R. V. l. 36. eod. &c.* aut quo dominus præſumtus contra non dominum in *l. 9. §. 4. de public. in rem act. l. 31. §. 2. de A. E. V.* agit, huc referri poſſet, nam etiam in utroque poſſeſſor actoris partes obtinet, i. e. excipit ac exceptionem probare debet, plus non requirit *IMPERATOR*, licet verba Ejus finalia (quod hactenus ſuppoſuimus) de Probandi neceſſitate intelligas. Sed de hoc ſatis!

TIT. VI.

QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTUNTUR.

OBSERV. CCLVIII.

AMittuntur ſervitutes) Vel *naturaliter* ob conſenſum, quo pertinet ſpecialis conventio, reſolutio juris in conſtituente, confuſio, rei interitus, remiſſio domini, vel *civiliter* per præſcriptionem, & nihil hodie refert, ſive ipſo jure ſive ope exceptionis eas tolli dicas, ut fruſtra omninò illa inculcentur.

OB-

OBSERV. CCLIX.

Usus intermissione) Hoc non est generale, sed pertinet ad servitutes affirmativas. Quare ita potius habendum: Ad præscriptionem extinctivam seu privativam requiritur (1) *possessio libertatis*, in hac constituitur dominus prædii servientis, quoad servitutes *negativas*, si actum servituti contrarium suscipiat, ac dominus prædii dominantis non contradicat, *affirmativas* vero, si prædii dominantis dominus usum penitus omittat, (2) *bona fides*, quæ tamen solum quoad negativas, & affirmativas, ubi ex facto oritur præscriptio, necessaria videtur, nam quoad affirmativas, quæ solo nonusu pereunt, eandem incongruè exegeris, (3) *lapsus temporis*, circa quem non usque adeo de jure civili res expedita est, *vid. HUBER. posit. ad ff. quib. mod. usufr. amitt. n. 1. ibique Thomas.*

OBSERV. CCLX.

In urbanis solus nonusus non sufficit) Committitur fallacia causæ. Verum est, quod aliquid discriminis heic inter servitutes sit, sed id à qualitate urbana vel rustica non dependet. Res potius ita se habet. In servitutibus *negativis* possessio & præscriptio incipit *à facto ejus, qui præscribere vult*, sed in *affirmativis*, ab *omissione usus totali ejus, contra quem præscribitur*. Jam quoad usum, aliquid inter affirmativas servitutes interest, quarundam enim exercitium *in solo facto consistit*, ut itineris, actus & viæ, quædam vero ad sui exercitium, & *factum requirunt*, & *structuram aliquam præsupponunt*, ut servitus tigni immittendi &, nonnunquam, aquæductus. Ex hoc discrimen Præscriptionis resultat, nam si in illis factum omittatur, tum usus statim penitus cessat, & alter in possessione liber-

bertatis constituitur ac præscribit, sed in his, licet factum desinat, non tamen ideo penitus cessat usus, quamdiu structura, exercendæ servituti necessaria, manet, quare & hæc tollenda est ab eo, qui libertatem præscriptione acquirere gestit. Atque hoc est, quod in *d. l. 6.* licet non satis apte, inculcatur discrimen, quod à qualitate urbana & rustica non dependere, ex hactenus dictis liquet, hinc si v. gr. stabulo debeatur servitus tigni immittendi, adeoque juxta vulgarem hypothesin, hoc casu, rustica sit, attamen ad inchoandam præscriptionem, facto præscripturi opus erit, claro indicio, qualitatem rusticam & urbanam nullas hic habere partes.

LIB. IX. TIT. I.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

OBSERV. CCLXI.

REquiritur) Ut ex pauperie Dominus obligetur, *naturaliter* requiritur, ut *ejus animal proprio motu, ab homine vel alio animali non instigatum, nocuerit*, quod etiam jure Romano probatum, ceu *ALLTOR n. 1. 2. 4. 5.* ostendit, *add. HUBER. Eunom. b.* Ut autem damnum dederit *contra naturam generis sui*, de quo *n. 3.* id saltem à jure civili requiritur, nec tam ad obligationem alterandam, quam nomen actionis mutandum pertinet. Aliàs naturali æstimatione perinde est, sive contra sive secundum generis sui naturam, animal nocuerit, modo proprio motu id fecerit, quo loco tamen fatendum est, quod illa diversitas non plane negligenda sit, nam major est velut

petu-

petulantia, si animal contra, quam secundum Generis sui naturam noceat, cum hic gravior naturæ sit impulsus, adeoque pauperies non tam voluntaria videatur, præterea, si animal secundum generis sui naturam det damnum, hominum culpa plerumque concurrit, cum contra naturam, facilius sine hac nocere queat.

OBSERV. CCLXII.

Actio si quadrupes) Posita pauperie, secundum requisita modo memorata, quæritur *an* & *quomodo* dominus obligetur? Et licet *GROTIUS J. B. P. l. 2. c. 17. §. 21.* existimet, eum naturaliter ad nihil teneri, sed omnem ejus obligationem ex jure civili esse, attamen contrarium verius est & facile ostendi potest. Scilicet si bestia nocens nullius foret, tum procul dubio læsus ejus capiendæ jus haberet & reliqui homines ex jure naturali obligarentur, ne ipsum impedirent. Postquam autem animalia in dominium sunt redacta, in eventum damni, ab his proprio motu dati, obligatio memorata ipsos dominos afficit, nec enim in præjudicium socialitatis dominium potuit constitui, aut hôc privilegium velut nocendi animalibus conciliari. Obligatur igitur dominus naturaliter ad patiendum, quo læsus animal noxium, in damni illati reparationem occupet, quodsi hoc nolit, tum ipse damnum resarcire debet, ex quo satis & *veritas* & *indoles* obligationis domini apparet. Atque hæc omnia jus civile confirmavit, additis fori sui carminibus & sanctione pœnali, qua mendacium domini, animal suum esse negantis, coërceatur, prout *AUTOR* ista refert h. Quodsi ante litem motam, sine culpa domini, animal perierit, obligatio hujus evanescit,

ceu recte etiam docetur in *l. 1. §. 13. h. t.* nam ad deditionem originarie obligatur dominus, obligatio ad damnum resarciendum, ex voluntate ejus, deditionem recusantis, saltem succedit. Corpore igitur noxio sublato, nec illa oriri, nec hæc succedere potest.

TIT. II.

AD LEGEM AQUILIAM.

OBSERV. CCLXIII.

Damnum injuria datum) Hoc nomine generaliter omne delictum, quo alicui damnum infertur, intelligi potest. Sed Romani, quo illud ad delicta privata referrent, conceptum restrinxerunt, ceu docet definitio *h.* Hodie tamen, cum pœna privata cesset, ***publicum*** potius, quam ***privatum*** erit delictum. Ex diversa autem suppositione hoc liquet, quod quædam hujus delicti requisita ad excitandam obligationem sint necessaria, quædā verò sint arbitraria pertineantq; tantum ad delictum hoc determinandum, illudque ab aliis distinguendum. Illa etiam ex *jure naturali dependent*, hæc *mere Romana sunt*.

OBSERV. CCLXIV.

Requiritur) Requisita *necessaria* & *naturalia* tradit *AUTOR n. 1. 2.* Sed non satis perspicuè, clarius ita. Ad damnum requiritur, ut quis (1) sua voluntate (2) invito (3) contra legem nocuerit. *Arbitraria* autem & *positiva* innuit *n. 1. 3.* sed iterum plenius sic dicendum. Opus est, ut damnum sit datum (1) in re, quæ in patrimonio est, (2) ejus corruptione (3) corpore nostro facta. Si medium requisitum desit, tum adest aliud delictum, v. gr. furtum, si primum & tertium,

actio

actio directa legis Aquiliæ locum non invenit. Ex quo liquet, de arbitrariis illis requisitis hodie non valde esse laborandum, inprimis quando nomen actionis saltem variatur.

Observ. CCLXV.

Non datur, si liber homo statim perierit) Imo datur illis personis, quas defunctus obligatione perfecta alere debuit, uxori puta & liberis, non quidem ut hæredibus, sed potius ut personis occisione defuncti principaliter læsis, quæque non ex jure transmisso, sed proprio agant. Quibus notatis, nec *l. 36. §. 1. de Leg. aquil.* huic sententiæ oberit, & argutiis THOMÆ, quas *d. l.* spargit, facile responderi potest, qui de cætero contrarium de jure civili neutiquam probavit. Cæterum cum æstimatio & vitæ, & alimentorum illis personis præstandorum sit lubrica, hinc utplurimum mediante transactione cum occisore inita, hæc res componitur, *conf.* PUFEND. *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7.*

Observ. CCLXVI.

Ex hoc delicto descendit actio) Obligatur delinquens ex *jure naturali* ad damnum sarciendum, quod probavit *Lex Aquilia* ac simul *pœnam constituit* in delinquentem. Ad utrumque simul exigendum datur *actio L. aquiliæ lit. D.* cujus divisiones *sign.* †. hodie non sunt necessariæ. Non descendit illa unice ex lege aquilia, ceu quidem *lit. C.* asseri videtur. Datur *læso lit. S.* contra *lædentem* & plures obligantur correaliter *lit. P.* quæ omnia hactenus sunt naturalia. Quod autem hæredes nocentis regulariter non obligentur *d. lit. P.*, id positivum & iniquum est, cum enim

plagis & verberibus accipere pecuniam, sed illa jus exigendi aestimationem non tollunt.

Observ. CCLXIX.

Probare tenetur ipsius culpam lit. pr.) Recte, licet enim incendia plerumque hominum culpa & facto fiant, ceu dissentientes ex *l. 3. §. 1. de offic. Praef. Vig. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* urgent, attamen inde non statim sequitur, quod praecise culpa vicini intervenerit, ceu *d. l. 11.* etiam haec discernit, atque illa sententia *DECIS. SAXON. 80.* probata est.

Tit. III.

DE HIS, QUI EFFUDERINT VEL DEJECERINT.

Observ. CCLXX.

Actio de dejectis) Occurrit hic (I.) *Negligentia*, quam committit Paterfam. dum ex sua domo aliquid dejici vel effundi patitur, eum in locum, ubi vulgò iter fit (II.) *Negligentis officium.* Obligatur ille *naturaliter* ad damnum resarciendum, sed eo *ordine*, ut principaliter ipse dejicens teneatur, quamvis etiam non iniquum sit, ordine illo neglecto, obligationem ei statim impingere, quae fuit sententia Romanorum, quam *AUTOR* hic exponit. Est igitur actio, quae hic adducitur, in se utique *naturalis*, sed jus Romanum obligationis ordinem magis definivit, actionem distinxit *sign.* †. concurrentium praerogativam determinavit *lit. S.* transmissionem in haeredes haut admisit *lit. P.* poenam adjecit, ac durationem actionis sanxit *lit. O.*

Ob-

OBSERV. CCLXXI.

Altera actio hic proposita est) Agitur hic de alia Negligentiæ ſpecie, qua nondum nocitum eſt, noceri tamen poteſt, ejusque coërcendæ ratio Romana hic exponitur, ſed cum illa nimis dura ſit, ac in foro nihil de ea audiatur, hinc non recepta videtur. Sufficiet igitur, (quod natura ſuggerit) alterum admonuiſſe, quo rem nocituram tollat, ſi contumax ſit, pœna aliqua recte coërcebitur.

TIT. IV.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

OBSERV. CCLXXII.

Actiones noxales) Poſtquam mancipia brutis ſunt æquata, eadem domini circa illa certis in caſibus occurrit obligatio, quæ circa hæc, quæque adeo ex hac hypotheſi, naturalis, ac à Romanis ſaltem probata eſt juxta ea, quæ *Obſerv. 261. 262.* diximus. Cæterum cum hodie mancipia regulariter exulent, hinc illius rei nullus uſus, ceu admonet *AUTOR lit. I. n.* nam ex delictis famulorum mercenariorum, quos hodie habemus, non aliter domini obligantur, quam quatenus ſua voluntate ad illa concurrunt, quod confirmatum *DECIS. SAX. 79.* Uti autem concurſus ille ex circumſtantiis eſt judicandus, ita manifeſtum eſt, quod eo poſito obligatio domini plane diverſa ſit ab ea, qua ex facto mancipiorum, proprio motu nocentium, apud Romanos tenebatur.

LIB. X. TIT. I.
FINIUM REGUNDORUM.
OBSERV. CCLXXIII.

Actio finium regundorum) Ei, cui jus in aliquam rem competit, *naturaliter* quoque licet, ejus fines tueri, quæ actio revera est *rei Vindicatio.* Interim non opus est, *dominium* hic operosè probare, actor enim in possessione rei principalis est, ejusq; dominium ab adversario in dubium non vocatur, (quod supponitur) præterea alter plerumque fines sine titulo possidet, hinc sufficit *finium cum re principali connexionem* ostendere, quo facto Judex alterum naturaliter obligatum, ad satisfactionem ex legis naturalis jussu adigere debet.

2. Ista naturalia probarunt Romani, sed cum variis additamentis positivis. Qualia sunt (1) nomen finium regundorum, quod tamen ob speciale objectum, non immerito retinetur; (2) divisio in actionem directam & utilem *sign.* † quæ hodie supervacanea; (3) quod sit actio mixta *lit. C.* ubi *AUTORIS* explicatio, quoad personalitatem hujus actionis, satis insuper est contorta. Cæterum hodie illo emblemate etiam non indigemus, nam pertinet ad forum Romanum, ubi intererat, an præstationes personales *jure actionis*, an *officio judicis* peterentur, illo casu aderat actio mixta, hoc simplex, *vid. HUBER posit. ad J. de offic. jud. n. 10. ad ff. de R. V. n. 15.* (4) stricti juris *lit. C.* quod prædicatum hodie quoque esse otiosum *ad tit. de O. & A.* ostendam; (5) quod actio hæc non detur sociis, intuitu fundi communis & proprii *lit. S.* interim istam dispositionem neque ratio

JCti,

JCti, neque remedium surrogatum in *d. l. 4. §. 7. h. t.* satis tuetur, hinc eam hodie nullius usus esse existimem; (6) sollicitudo quoad actionum nomina *lit. O.* quae hodie etiam cessat; (7) actionis duratio *lit. C.* circa quam observandum, quod, si fines ablati in alium justo titulo transferantur, longi temporis praescriptione, actio finium regundorum tolli videatur, *l. 2. §. 6 pro emtor. vid. PERETZ. ad Cod. fin. regund. n. 11.*

TIT. II.

FAMILIÆ HERCISCUNDÆ.

OBSERV. CCLXXIV.

Actio familiæ herciscundæ) Si quis legitimo modo jus hæreditarium acquisierit, is utique contra cohæredem jus suum persequi potest, & hic ex jure naturali obligatur ad ea, quæ alterius sunt, ipsi præstanda. Hinc præsentis doctrinæ substantia est iterum juris Gentium, Romani saltem eam confirmarunt ac dispositionibus positivis, otiosis, ad actionum nomina, & necessariis, ad valorem rei judicatæ, actionis durationem similiaque pertinentibus, subinde auxerunt, quæ vel ex *observ. præc.* intelligi possunt.

OBSERV. CCLXXV.

Quatenus verò personalis, ad præstationes personales ex obligatione, ex quasi-contractu lit. C.) Ad otiosas dispositiones merito hæc refertur, quando enim rem meam ab aliquo vindico, tum is utique eorum quoque intuitu obligatur, quæ ipsius facto contigerunt, aut quæ actor in communem hæreditatem utiliter impendit, sed ideo quasi-contractum fingere, ea

exſtat, quod rejiciendæ illi explicationi ſufficit, præterea formula illa : *Sicut in latioribus Digeſtorum libris opportunius apparebit*, ſatis innuit, non reſpici ad ſpecialem caſum, ſed ad locum aliquem communem. Non obſtat, *quod tamen hic ſit quæſtio de re corporali*, nam inde non ſequitur, quod *poſſeſſor dominium probare debeat*, ſed hoc ſaltem, *quod illud probandum ſit*, an autem hoc faciat actor vel reus, hactenus nihil refert. Juxta hæc igitur non tantum caſus ex *d. l. pen. & ult. de public. in rem action.* ſed & eodem jure alter, quo dominus contra poſſeſſorem in *l. 9. pr. de R. V. l. 36. eod. &c.* aut quo dominus præſumtus contra non dominum in *l. 9. §. 4. de public. in rem act. l. 31. §. 2. de A. E. V.* agit, huc referri poſſet, nam etiam in utroque poſſeſſor actoris partes obtinet, i. e. excipit ac exceptionem probare debet, plus non requirit *IMPERATOR*, licet verba Ejus finalia (quod hactenus ſuppoſuimus) de Probandi neceſſitate intelligas. Sed de hoc ſatis!

TIT. VI.
QUEMADMODUM SERVITUTES AMITTUNTUR.

OBSERV. CCLVIII.

AMittuntur ſervitutes) Vel *naturaliter* ob conſenſum, quo pertinet ſpecialis conventio, reſolutio juris in conſtituente, confuſio, rei interitus, remiſſio domini, vel *civiliter* per præſcriptionem, & nihil hodie refert, ſive ipſo jure ſive ope exceptionis eas tolli dicas, ut fruſtra omninò illa inculcentur.

OB-

OBSERV. CCLIX.

Usus intermissione) Hoc non est generale, sed pertinet ad servitutes affirmativas. Quare ita potius habendum: Ad præscriptionem extinctivam seu privativam requiritur (1) *possessio libertatis*, in hac constituitur dominus prædii servientis, quoad servitutes *negativas*, si actum servituti contrarium suscipiat, ac dominus prædii dominantis non contradicat, *affirmativas* vero, si prædii dominantis dominus usum penitus omittat, (2) *bona fides*, quæ tamen solum quoad negativas, & affirmativas, ubi ex facto oritur præscriptio, necessaria videtur, nam quoad affirmativas, quæ solo nonusu pereunt, eandem incongruè exegeris, (3) *lapsus temporis*, circa quem non usque adeo de jure civili res expedita est, *vid. HUBER. posit. ad ff. quib. mod. ususfr. amitt. n. 1. ibique Thomas.*

OBSERV. CCLX.

In urbanis solus nonusus non sufficit) Committitur fallacia causæ. Verum est, quod aliquid discriminis heic inter servitutes sit, sed id à qualitate urbana vel rustica non dependet. Res potius ita se habet. In servitutibus *negativis* possessio & præscriptio incipit *à facto ejus, qui præscribere vult*, sed in *affirmativis*, ab *omissione usus totali ejus, contra quem præscribitur*. Jam quoad usum, aliquid inter affirmativas servitutes interest, quarundam enim exercitium *in solo facto consistit*, ut itineris, actus & viæ, quædam vero ad sui exercitium, & *factum requirunt*, & *structuram aliquam præsupponunt*, ut servitus tigni immittendi &, nonnunquam, aquæductus. Ex hoc discrimen Præscriptionis resultat, nam si in illis factum omittatur, tum usus statim penitus cessat, & alter in possessione li-

ber-

bertatis constituitur ac præscribit, sed in his, licet factum desinat, non tamen ideo penitus cessat usus, quamdiu structura, exercendæ servituti necessaria, manet, quare & hæc tollenda est ab eo, qui libertatem præscriptione acquirere gestit. Atque hoc est, quod in *d. l. 6.* licet non satis apte, inculcatur discrimen, quod à qualitate urbana & rustica non dependere, ex hactenus dictis liquet, hinc si v. gr. stabulo debeatur servitus tigni immittendi, adeoque juxta vulgarem hypothesin, hoc casu, rustica sit, attamen ad inchoandam præscriptionem, facto præscripturi opus erit, claro indicio, qualitatem rusticam & urbanam nullas hic habere partes.

Lib. IX. Tit. I.

SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

Observ. CCLXI.

Requiritur) Ut ex pauperie Dominus obligetur, *naturaliter* requiritur, ut *ejus animal proprio motu, ab homine vel alio animali non instigatum, nocuerit*, quod etiam jure Romano probatum, ceu *AUTOR n. 1. 2. 4. 5.* ostendit, *add. HUBER. Eunom. b.* Ut autem damnum dederit *contra naturam generis sui*, de quo *n. 3.* id saltem à jure civili requiritur, nec tam ad obligationem alterandam, quam nomen actionis mutandum pertinet. Aliàs naturali æstimatione perinde est, sive contra sive secundum generis sui naturam, animal nocuerit, modo proprio motu id fecerit, quo loco tamen fatendum est, quod illa diversitas non plane negligenda sit, nam major est velut

petu-

petulantia, si animal contra, quam secundum Generis sui naturam noceat, cum hic gravior naturæ sit impulsus, adeoque pauperies non tam voluntaria videatur, præterea, si animal secundum generis sui naturam det damnum, hominum culpa plerumque concurrit, cum contra naturam, facilius sine hac nocere queat.

OBSERV. CCLXII.

Actio si quadrupes) Posita pauperie, secundum requisita modo memorata, quæritur *an* & *quomodo* dominus obligetur? Et licet *GROTIUS J. B. P. l. 2. c. 17. §. 21.* existimet, eum naturaliter ad nihil teneri, sed omnem ejus obligationem ex jure civili esse, attamen contrarium verius est & facile ostendi potest. Scilicet si bestia nocens nullius foret, tum procul dubio læsus ejus capiendæ jus haberet & reliqui homines ex jure naturali obligarentur, ne ipsum impedirent. Postquam autem animalia in dominium sunt redacta, in eventum damni, ab his proprio motu dati, obligatio memorata ipsos dominos afficit, nec enim in præjudicium socialitatis dominium potuit constitui, aut hôc privilegium velut nocendi animalibus conciliari. Obligatur igitur dominus naturaliter ad patiendum, quo læsus animal noxium, in damni illati reparationem occupet, quodsi hoc nolit, tum ipse damnum resarcire debet, ex quo satis & *veritas* & *indoles* obligationis domini apparet. Atque hæc omnia jus civile confirmavit, additis fori sui carminibus & sanctione pœnali, qua mendacium domini, animal suum esse negantis, coërceatur, prout *AUTOR* ista refert h. Quodsi ante litem motam, sine culpa domini, animal perierit, obligatio hujus evanescit,

ceu recte etiam docetur in *l. 1. §. 13. h. t.* nam ad deditionem originarie obligatur dominus, obligatio ad damnum resarciendum, ex voluntate ejus, deditionem recusantis, saltem succedit. Corpore igitur noxio sublato, nec illa oriri, nec hæc succedere potest.

TIT. II.

AD LEGEM AQUILIAM.

OBSERV. CCLXIII.

Damnum injuria datum) Hoc nomine generaliter omne delictum, quo alicui damnum infertur, intelligi potest. Sed Romani, quo illud ad delicta privata referrent, conceptum restrinxerunt, ceu docet definitio *b*. Hodie tamen, cum pœna privata cesset, ***publicum*** potius, quam ***privatum*** erit delictum. Ex diversa autem suppositione hoc liquet, quod quædam hujus delicti requisita ad excitandam obligationem sint necessaria, quædã verò sint arbitraria pertineantq; tantum ad delictum hoc determinandum, illudque ab aliis distinguendum. Illa etiam ex *jure naturali dependent*, hæc *mere Romana sunt*.

OBSERV. CCLXIV.

Requiritur) Requisita *necessaria* & *naturalia* tradit *AUTOR n. 1. 2.* Sed non satis perspicuè, clarius ita. Ad damnum requiritur, ut quis (1) sua voluntate (2) invito (3) contra legem nocuerit. *Arbitraria* autem & *positiva* innuit *n. 1. 3.* sed iterum plenius sic dicendum. Opus est, ut damnum sit datum (1) in re, quæ in patrimonio est, (2) ejus corruptione (3) corpore nostro facta. Si medium requisitum desit, tum adest aliud delictum, v. gr. furtum, si primum & tertium, actio

actio directa legis Aquiliæ locum non invenit. Ex quo liquet, de arbitrariis illis requisitis hodie non valde esse laborandum, inprimis quando nomen actionis saltem variatur.

OBSERV. CCLXV.

Non datur, si liber homo statim perierit) Imo datur illis personis, quas defunctus obligatione perfecta alere debuit, uxori puta & liberis, non quidem ut hæredibus, sed potius ut personis occisione defuncti principaliter læsis, quæque non ex jure transmisso, sed proprio agant. Quibus notatis, nec *l. 36. §. 1. de Leg. aquil.* huic sententiæ oberit, & argutiis *THOMÆ*, quas *d. l.* spargit, facile responderi potest, qui de cætero contrarium de jure civili neutiquam probavit. Cæterum cum æstimatio & vitæ, & alimentorum illis personis præstandorum sit lubrica, hinc utplurimum mediante transactione cum occisore inita, hæc res componitur, *conf. PUFEND. de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7.*

OBSERV. CCLXVI.

Ex hoc delicto descendit actio) Obligatur delinquens ex *jure naturali* ad damnum sarciendum, quod probavit *Lex Aquilia* ac simul *pœnam constituit* in delinquentem. Ad utrumque simul exigendum datur *actio L. aquiliæ lit. D.* cujus divisiones *sign. †.* hodie non sunt necessariæ. Non descendit illa unice ex lege aquilia, ceu quidem *lit. C.* asseri videtur. Datur *læso lit. S.* contra *lædentem* & plures obligantur correaliter *lit. P.* quæ omnia hactenus sunt naturalia. Quod autem hæredes nocentis regulariter non obligentur *d. lit. P.* id positivum & iniquum est, cum enim

M 2 hæres

hæres bona defuncti accipiat, eorum vero intuitu obligatio sit constituta, merito hæc ad hæredes transire debebat. Exigitur illa actione *damnum & pœna privata lit. O.* sed ratio puniendi Romana hodie cessat, quod etiam assererem de pœna inficiationis, est enim hac de re altum in foro silentium, ex quo probabiliter colligitur, illa non esse recepta. Interim hoc juris gentium est, quod nocentes in unaquaque civitate pro ratione delicti commissi puniri queant. *Duratio* hujus actionis *lit. N.* est ex jure positivo. Ex tricis autem fori Romani fluxit *actio cognata lit. SS.* sed *probationem lit. pr.* jus naturale exigit.

Observ. CCLXVII.

Quale vulnus aliquando curatum est lit. P.) Componit hic Autor implicite *l. 11. §. 3.* cum *l. 51. pr. h. t.* Nempe si prior mortifere vulneravit, sed dubie, alter vero occidit, tum ille de vulnerato, hic de occiso tenetur juxta *l. 11. §. 3.* sed si lethalitas primi vulneris certa sit, tum uterque de occiso tenebitur secundum *d. l. 51.* quæ conciliandi ratio non plane improbabilis est, ceu ex *l. 15. §. 1. b.* colligitur. Alii tamen verum agnoscunt dissensum & decisionem *d. l. 51.* præferendam censent, *vid. THOMAS. in not. ad Huber. posit. ad J. d. L. aquil. n. 26.* De eo etiam poterat dubitari, an posterior de occiso teneatur, si prior certum vulnus lethale jam inflixerit? Nam non tam occidit, quam fata imminentia acceleravit! Videtur de hoc ex circumstantiis pronunciandum, nam si quis vulneris præcedentis vel ejus qualitatis ignarus, dolo alterum vulnere lethali afficiat, tum merito pro homicida habebitur, atque talem casum Romani videntur supposuisse, quodsi autem ex in-

intempestiva commiseratione, quo scilicet à dolore alterum eo citius liberaret, eum peremerit, à crimine veri homicidii absolvendus videtur. De cætero hodie hujus disquisitionis nulla est utilitas intuitu legis aquiliæ, (utpote cum pœna privata, ob illas circumstantias, ex primo vel tertio illius legis capite petenda, cesset,) bene tamen respectu Legis Corneliæ, seu quando de pœna publica homicidii quæritur.

OBSERV. CCLXVIII.

Non etiam deformitas aut dolores lit. O.) Sed sine sufficiente causa ita statuunt Romani, esto enim, quod liberum corpus non recipiat æstimationem, ex eo nihil aliud sequitur, quam quod in commercium non deducatur, non vero, quod læsus deformitatem & dolores æstimare ipse nequeat, sic existimatio hominis non recipit æstimationem, & tamen injuriâ affectus, illam æstimat. Non est igitur, cur dispositionem illam Romanam magni usus credamus. In specie *JOH. THOM. de nox. animal. c. 9. n. 15.* refert: Canisium in *Summ. Jur. Canon. l. 3. tit. 10.* Gomezium *Resolut. Tom. 3. c. 6. n. 12.* Zœsium *ad ff. si quadrup. paup. fec. n. 3.* existimare, quod lex illa cesset in fœmina nondum nupta, quæ propter deformitatem, difficilius maritum sit inventura, quam tamen sententiam ipse censet tantis Dd. indignam, & indigniorem multo fœmina ingenua, non forma sibi, sed virtute maritum quærente. Verum ista *THOMÆ* epicrisis in Scholasticis quidem declamationibus, sed non in vita civili usum videtur habere. Id addo, nonnullos ex quadam animi magnitudine vel vera vel affectata, deformitatis & dolorum æstimationem respuere, cum vile & abjectum videatur pro

plagis & verberibus accipere pecuniam, sed illa jus exigendi æstimationem non tollunt.

OBSERV. CCLXIX.

Probare tenetur ipsius culpam lit. pr.) Recte, licet enim incendia plerumque hominum culpa & facto fiant, ceu dissentientes ex *l. 3. §. 1. de offic. Praef. Vig. l. 11. de peric. & commod. rei vend.* urgent, attamen inde non statim sequitur, quod præcise culpa vicini intervenerit, ceu *d. l. 11.* etiam haec discernit, atque illa sententia *DECIS. SAXON. 80.* probata est.

TIT. III.

DE HIS, QUI EFFUDERINT VEL DEJECERINT.

OBSERV. CCLXX.

Actio de dejectis) Occurrit hic (I.) *Negligentia*, quam committit Paterfam. dum ex sua domo aliquid dejici vel effundi patitur, eum in locum, ubi vulgò iter fit (II.) *Negligentis officium.* Obligatur ille *naturaliter* ad damnum resarciendum, sed eo *ordine*, ut principaliter ipse dejicens teneatur, quamvis etiam non iniquum sit, ordine illo neglecto, obligationem ei statim impingere, quæ fuit sententia Romanorum, quam *AUTOR* hic exponit. Est igitur actio, quæ hic adducitur, in se utique *naturalis*, sed jus Romanum obligationis ordinem magis definivit, actionem distinxit *sign.* †. concurrentium prærogativam determinavit *lit. S.* transmissionem in hæredes haut admisit *lit. P.* pœnam adjecit, ac durationem actionis sanxit *lit. O.*

OB-

OBSERV. CCLXXI.

Altera actio hic proposita est) Agitur hic de alia Negligentiæ specie, qua nondum nocitum est, noceri tamen potest, ejusque coërcendæ ratio Romana hic exponitur, sed cum illa nimis dura sit, ac in foro nihil de ea audiatur, hinc non recepta videtur. Sufficiet igitur, (quod natura suggerit) alterum admonuisse, quo rem nocituram tollat, si contumax sit, pœna aliqua recte coërcebitur.

TIT. IV.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

OBSERV. CCLXXII.

Actiones noxales) Postquam mancipia brutis sunt æquata, eadem domini circa illa certis in casibus occurrit obligatio, quæ circa hæc, quæque adeo ex hac hypothesi, naturalis, ac à Romanis saltem probata est juxta ea, quæ *Observ. 261. 262.* diximus. Cæterum cum hodie mancipia regulariter exulent, hinc illius rei nullus usus, ceu admonet *AUTOR lit. I. n.* nam ex delictis famulorum mercenariorum, quos hodie habemus, non aliter domini obligantur, quam quatenus sua voluntate ad illa concurrunt, quod confirmatum *DECIS. SAX. 79.* Uti autem concursus ille ex circumstantiis est judicandus, ita manifestum est, quod eo posito obligatio domini plane diversa sit ab ea, qua ex facto mancipiorum, proprio motu nocentium, apud Romanos tenebatur.

Lib. X. Tit. I.

FINIUM REGUNDORUM.

Observ. CCLXXIII.

Actio finium regundorum) Ei, cui jus in aliquam rem competit, *naturaliter* quoque licet, ejus fines tueri, quæ actio revera est *rei Vindicatio*. Interim non opus est, *dominium* hic operose probare, actor enim in possessione rei principalis est, ejusq; dominium ab adversario in dubium non vocatur, (quod supponitur) præterea alter plerumque fines sine titulo possidet, hinc sufficit *finium cum re principali connexionem* ostendere, quo facto Judex alterum naturaliter obligatum, ad satisfactionem ex legis naturalis jussu adigere debet.

2. Ista naturalia probarunt Romani, sed cum variis additamentis positivis. Qualia sunt (1) nomen finium regundorum, quod tamen ob speciale objectum, non immerito retinetur; (2) divisio in actionem directam & utilem *sign.* † quæ hodie supervacanea; (3) quod sit actio mixta *lit. C.* ubi *AUTORIS* explicatio, quoad personalitatem hujus actionis, satis insuper est contorta. Cæterum hodie illo emblemate etiam non indigemus, nam pertinet ad forum Romanum, ubi intererat, an præstationes personales *jure actionis*, an *officio judicis* peterentur, illo casu aderat actio mixta, hoc simplex, *vid. HUBER posit. ad J. de offic. jud. n. 10. ad ff. de R. V. n. 15.* (4) stricti juris *lit. C.* quod prædicatum hodie quoque esse otiosum *ad tit. de O. & A.* ostendam; (5) quod actio hæc non detur sociis, intuitu fundi communis & proprii *lit. S.* interim istam dispositionem neque ratio

JCti,

JCti, neque remedium ſurrogatum in *d. l. 4. §. 7. h. t.* ſatis tuetur, hinc eam hodie nullius uſus eſſe exiſtimem; (6) ſollicitudo quoad actionum nomina *lit. O.* quæ hodie etiam ceſſat; (7) actionis duratio *lit. C.* circa quam obſervandum, quod, ſi fines ablati in alium juſto titulo transferantur, longi temporis præſcriptione, actio finium regundorum tolli videatur, *l. 2. §. 6 pro emtor. vid. PERETZ. ad Cod. fin. regund. n. 11.*

TIT. II.

FAMILIÆ HERCISCUNDÆ.

OBSERV. CCLXXIV.

Actio familiæ herciſcundæ) Si quis legitimo modo jus hæreditarium acquiſierit, is utique contra cohæredem jus ſuum perſequi poteſt, & hic ex jure naturali obligatur ad ea, quæ alterius ſunt, ipſi præſtanda. Hinc præſentis doctrinæ ſubſtantia eſt iterum juris Gentium, Romani ſaltem eam confirmarunt ac diſpoſitionibus poſitivis, otioſis, ad actionum nomina, & neceſſariis, ad valorem rei judicatæ, actionis durationem ſimiliaque pertinentibus, ſubinde auxerunt, quæ vel ex *obſerv. præc.* intelligi poſſunt.

OBSERV. CCLXXV.

Quatenus verò perſonalis, ad præſtationes perſonales ex obligatione, ex quaſi-contractu lit. C.) Ad otioſas diſpoſitiones merito hæc refertur, quando enim rem meam ab aliquo vindico, tum is utique eorum quoque intuitu obligatur, quæ ipſius facto contigerunt, aut quæ actor in communem hæreditatem utiliter impendit, ſed ideo quaſi-contractum fingere, ea

verò eſt miſera ſubtilitas, vanaque, quæ inde oritur, ſcientia.

OBSERV. CCLXXIV.

Neque obligationes lit. O.) Intuitu juris perſonalis eique reſpondentis obligationis locum non habet actio familiæ herciſcundæ (1) ratione *rei debitæ*, hæc enim non eſt penes cohæredem, hinc ad ejus præſtationem conveniri nequit, ſed penes debitorem, à quo adeo actione veteri, defuncto competente, v. gr. ex mutuo, emto *&c.* illa exigenda eſt. Nec (2) ratione *ipſius juris & obligationis dividendæ*, nam hæc vel omnino dividi nequeunt, ut ſi cohæredibus à Tertio ſervitus promiſſa debeatur, hinc fruſtra eo nomine movebitur actio, vel jam ipſo jure diviſa ſunt, ut ſi extraneus certam pecuniæ ſummam cohæredibus debeat, tum igitur diviſionē actione familiæ herciſcundæ urgere velle, fruſtraneum fuerit, cum unusquisque ſuam partem ſtatim à debitore exigere queat. Bene tamen (3) *ratione jurium & obligationum plurium, ſingulis hæredibus ſigillatim & in ſolidum aſſignandorum*, & hoc eſt, quod *AUTOR* dicit, *interdum per indirectum illa in hoc judicium deduci.* Fac defunctum reliquiſſe aliquot hæredes & plura nomina activa, quæ vocant, hæc omnia illis pro parte hæreditariâ ſunt communia, quo igitur hoc nomen huic, alterum illi in ſolidum competat, factum cohæredum intercedere debet, cujus intuitu actione F. H. agi poteſt. Pone ulterius, defunctum reliquiſſe nomina paſſiva ſeu obligationes, tum omnes cohæredes ſingulis creditoribus pro rata tenentur, ſi verò unicuique proprius debitor aſſignandus ſit, factum cohæredum intercedat, oportet, talem tamen aſſigna-

gnationem Creditoribus nullum facere præjudicium, ſed his integrum eſſe, debita ſua ab omnibus cohæredibus exigere, manifeſtum eſt, *add. HUBER in poſit. h.*

OBSERV. CCLXXVII.

Inſtituta hac actione nemo concedit alterum cohæredem eſſe lit. E.) Eſt quæſtio voluntatis, an agens familiæ herciſcundæ actione adverſarium cohæredem eſſe concedat? Et licet hoc affirmandum videatur, cum vel ſolum actionis inſtitutæ nomen talem confeſſionem involvat, attamen non improbabiliter quoque negatur, nam actor non fatetur, ſed præſupponit alterum eſſe cohæredem, ac ex hac hypotheſi diviſionem urget, errore igitur cognito, hypotheſin, quam hactenus neque veram neque falſam dixit, deſerere ac totam hæreditatem petere poteſt, atque hanc interpretationem confirmat *l. 37. h. t.* cujus adeo emendatio fruſtra ſuſcipitur, *add. HUBER Eunom. ad. d. l.*

OBSERV. CCLXXVIII.

Licet falſo cohæredi adjudicatum & immodice quis læſus ſit lit. E.) Ratio hujus aſſertionis ex rei judicatæ autoritate videtur repetenda, nec iniqua eſt illa diſpoſitio Romana, qui enim per totum proceſſum non tantum ignorat adverſarium eſſe cohæredem, ſed & eum per ſententiam pro tali declarari patitur, ille vix culpa caret, adeoque damnum ſuæ negligentiæ imputare debet. Interim aliis illa ſanctio nimis dura videtur, quibus reſpondet *HUBER in Eunom. ad l. 36. h. t.* adjiciens, quod à ſenatu Lutetia Pariſino, Præſide Briſſonio, juxta illam ſententiam, ſit judicatum,

Jaco-

Jacobo Chezellio integrum textum in Curia recitante.

OBSERV. CCLXXIX.

Privato autem hæredum arbitrio facta divisione lit. E.) Liquet igitur, quod divisio vel ultro fiat à cohæredibus vel processu ab invito extorqueatur, quod inprimis fieri solet, si alter in possessione sit, alter verò extra eam constitutus reperiatur. Ipsa divisio vero est *contractus consensualis & onerosus, quo duo pluresve juri, quod in rebus communibus habent, renunciant ea lege, ut reliqui, ipsorum respectu, idem faciant, quo ita soluta communione, jus & res distinctæ singulis acquirantur.* De officio dividentium, quoad implendam divisionem, non adeo quæri solet, cum plerumque contractum executio comitetur, sed de officio consequente, quoad emendandam læsionem, sæpius quæstiones occurrunt, quales *AUTOR* hic proponit. In specie quæritur, an in æstimanda læsione *l. 2. C. de rescind. vendit.* præcise observanda sit? quod *AUTORI* non videtur, aliis tamen dissentientibus, *vid. THOMAS. ad HUBER. Posit. comm. divid. n. 13.*

OBSERV. CCLXXX.

Judex in hoc judicio æquitatem observet) Hujus officium communibus *æquitatis & prudentiæ* regulis dirigitur, quod specialius *AUTOR* declarat, nonnunquam etiam divisionis *modus* jure positivo determinatur, ut in Saxonia, ubi major dividit, minor eligit, quod tamen solum obtinet, si duo masculi adsint, alias sorte potius vel arbitrio Judicis divisio instituitur, quodsi masculus & fœmina concurrant, ille,

ille, licet major, eligit, hæc cum Curatore dividit, *CARPZOV. d. l. D. 7. 11.*

OBSERV. CCLXXXI.

Dummodo unus hæreditatem tanquam suam possederit lit. C.) Nam si communiter possideant, etiam post 30. annos ad divisionem provocare possunt, nec enim in his terminis præscriptio potest habere locum cum desit possessio, & hactenus etiam hic verum sit: rebus meræ facultatis non præscribitur. Præstationes tamen personales, posita licet communi possessione, præscribi posse videntur.

TIT. III.

COMMUNI DIVIDUNDO.

OBSERV. CCLXXXII.

Actio communi dividundo) Sociis quoque rei singularis ex suo jure naturaliter contra socios ad divisionem agere licet, & hi tam rem principalem, quam accessiones ex lege naturali præstare debent, quemadmodum Judex etiam divisionem ita facere tenetur, prout æquitas & prudentia requirit, quæ omnia Romanis probata, & nonnullis sanctionibus positivis aucta sunt h. t. de quibus ex præcedentibus facile judicari potest.

OBSERV. CCLXXXIII.

Oritur quatenus realis, ex jure in re lit. C.) Hæc etiam actio dicitur *mixta* ex usu fori Romani, nam alias sufficere poterat, si realis diceretur, sicut enim rei vindicatione & rem & accessiones petimus, nec tamen ideo mixtura aliqua asseritur, ita idem circa hanc actionem fieri poterat. Qui autem eam mere per-

personalem esse contendunt, ideo, quod de dominio non controvertatur, illi plane falluntur, nam utique de dominio, non quidem *vindicando*, sed *dividendo* est quæstio. In distinguendo etiam *actionis hujus* & *pro socio*, usu, nimium fuere solliciti Romani, *vid. HUBER. posit. h. t.* quam inanem scientiam nemini invidemus, sed magnifacere non possumus.

Tit. IV.

AD EXHIBENDUM.

Observ. CCLXXXIV.

Petitur actione ad exhibendum) Illud certum est, eum, qui habet jus rem penitus consequendi, habere etiam jus, ejus exhibitionem petendi, hoc enim in illo virtualiter continetur. Eo fine apud Romanos actio ad exhibendum movebatur *h. t.* in cujus tamen natura explicanda non adeò conveniunt. Sed planissimè dici potést, oriri eam ex particula quasi illius juris, ex quo actio principalis movetur. Quibus autem limitibus ejus *usus* fuerit circumscriptus, quæque *eam instituendi* fuerit *ratio*, id *AUTOR* hic explicare nititur. Sed forte multa sunt, quæ nos non satis intelligimus, quamvis ista ignorantia non valde noceat. Illud certum videtur, quod actio ad exhibendum, nisi forte brevissimo processu fuit terminata aut cum principali actione cumulata, vel plane in illam degeneravit, magnam vel imprudentiam, vel foriRomani corruptionem arguat, *add. SCHILLER ad ff. Exercit. 20. §. 41.*

Lib.

Lib. XI. Tit. I.

DE INTERROGAT. IN JURE FACIENDIS ET INTERROGATOR. ACTIONIBUS.

Observ. CCLXXXV.

HÆ interrogationes fiebant coram Magistratu) Juxta processum antiquissimum requirebantur interrogationes ad *fundandam actionem*. Sed hoc etiam de jure civili sublatum est. Postea eædem sunt adhibitæ ad *faciendam probationem*, quod *AUTOR* pluribus hic persequitur. Sed in Saxonia & forte plerisque aliis Germaniæ Territoriis illæ interrogationes plane cessant. Si verum fateri licet, magis illæ ad processum extendendum, quam abbreviandum pertinent, adeoque magis fori corruptionem, quam prudentiam quandam redolere videntur, si enim per testes aut documenta probare velis, non opus est, ut adversarium ratione rei controversæ interroges, si verò illæ probationes deficiant, satis erit ei statim detulisse juramentum, quam peculiares formasse positiones, ac desuper ipsum interrogasse.

Tit. II.

DE QUIBUS REBUS AD EUNDEM JUDICEM EATUR.

Observ. CCLXXXVI.

PRopter continentiam causarum) Est hic articulus jure positivo constitutus, hinc omnis quæstio est de voluntate Legislatoris, & licet forte ea, quæ de judici

dicibus pedaneis jure Romano cauta sunt, ad nostros etiam Magistratus utcunque applicari queant, certum tamen est, quod hodie in hac re dijudicanda, ad *statum Territorii* & *leges proprias* primario sit respiciendum, id quod generaliter admonuisse sufficiat, nam de ipsis quæstionibus Scriptores forenses passim agunt.

TIT. III.

DE SERVO CORRUPTO.

OBSERV. CCLXXXVII.

Actio de servo corrupto) Ostenditur hic, quod servum corrumpens, & damnum pensare & pœnam sustinere debeat, illud naturale, hoc positivum est, utrumque vero hodie incognitum, quia objectum hujus delicti non amplius occurrit. Quæ autem de utili actione nonnulli dicunt, falsos redolent conceptus, qui enim liberos aut uxorem alterius corrumpit, is ad damnum pensandum & pœnam sustinendam non tenetur, quia Romani circa servos ita pronunciarunt, sed quia principia generalia, ex quibus etiam illi, quoad servos, conclusionem elicuerunt, hoc exigunt. Interim rara est uxoris vel liberorum corruptorum actio, nam uti talis corruptio probatu difficilis, ita plerumque etiam cum propria actoris ignominia conjuncta est.

TIT. IV.

DE FUGITIVIS.

OBSERV. CCLXXXVIII.

Differt fugitivus ab erronne) Quicquid de officio vel servorum vel aliorum hominum heic cautum repe-

reperitur, illud ex principiis naturalibus dependet, decreta tamen illa apud nos non occurrunt, quia objectum regulariter deficit. Quæ de vindicandis hominibus propriis habentur, illa ex dominio fluunt adeoque naturalia quoque sunt, solent tamen leges positivæ vim dominii citius excludere, ob peculiarem objecti conditionem. Denique quæ sint officia domini & famulorum mercenariorum, id iterum juxta mensuram conventionis præcedentis, definit lex naturalis, de quo in loco proprio agitur.

TIT. V.
DE ALEATORIBUS.

OBSERV. CCLXXXIX.

Ludus in genere est) Videtur hæc definitio idem per idem explicare. Clarius forte diceres: Ludus est *conventio, qua duo pluresve sub conditione eventus incerti, fortuna vel licita arte procurandi, sibi aliquid donant.* Prout igitur eventus tulerit, ita nunc hic, nunc alter aliquid lucratur, vel etiam sine aliqua jactura singuli à conventione discedunt.

OBSERV. CCXC.

Contra sentit Jacobus Angliæ Rex) Contendens, lusum latrunculorum esse nimis consultam & philosophicam stultitiam, *vid. BECMAN. doctrin. moral. c. 8. §. 12.* Nec videtur sane ejusmodi rebus ludicris quæque nullum alium finem, quam recreationem, habent propositum, ingeniū vel ars tribuenda esse. Sed ita solent homines otiosi & voluptatibus dediti, qui ineptiis suis imaginem prudentiæ & artis circumponunt, quo otii sui ignavi ignominiam, quantum in se est, abscondant nec cordatioribus delirare videantur.

OBSERV. CCXCI.

Hujusmodi ludi sua natura & jure naturæ non habentur pro prohibitis) Officium lusurorum triplex est (1) *antecedens*, ubi quæritur, an ludere liceat? quod jure divino asseritur, modo modice & sincere ludatur, illi verò, qui ludos in consuetudinem vertunt, &, quod plerumque sequitur, artibus furtivis utuntur, dubio procul contra leges divinas peccant; (2) *Concomitans*, abstinendum scilicet est à læsionibus, nec eventus, quem alter à fortuna vel alterius peritia dependere, bona fide credebat, artibus illicitis procurandus; (3) *Consequens*, ob fidem datam promissum est servandum, si nondum impletum sit. Quodsi dolus intercesserit, tum læsio erit emendanda. Cæterum cum raro intra limites debitos homines consistant, hinc in civitatibus, plerumque ludi prohibentur vel certo modo limitantur, de quo *AUTOR lit. E.*

OBSERV. CCXCII.

Hodie perditum solutum non repetitur propter l. 3. de condict. ob turp. caus.) Sententia *AUTORIS* ea esse videtur: hodie ludos permitti, nec perditum adeo repeti, ex ea ratione, quam alias sectari soleat lex civilis, nempe, quod in pari turpitudine melior sit conditio possidentis, nam alias directe ex *d. l. 3.* quoad mores nostros nihil probari potest. Videtur quoque *AUTOR* sibi hic contradicere, paulò ante enim ludos pronunciavit licitos, hic vero eos rebus turpibus annumerat, sed ibi usum, hic abusum forte respicit. De cætero in genere nihil tutò asseri posse videtur, sed hæc res ex ordinationibus politicis singulorum Territoriorum dijudicanda est. Ubique fere eju s-

ejusmodi ſanctiones occurrunt, ſed utplurimum non ſervantur, cujus mali cauſam periti facile intelligunt, hinc etiam illæ non alium fere habent uſum, quam ut per eas leves muſcæ, quas forte ludendi lubido aliquando cepit, irretiri ac pecunia emungi queant.

OBSERV. CCXCIII.

Sponſiones) Circa has ſpectari poteſt (1) *actus*, quo pertinet *definitio* & *moralitas lit. D. N.* licitæ quidem ſunt ſponſiones, ſed non adeò neceſſariæ, & facile liquet, eas eſſe ab hominibus otioſis ac luxui & voluptati deditis inventas. Porro requirit actus ille *conſenſum verum* & *perſonas ad paciſcendum aptas* nec non *materiam habilem lit. O.* circa quam ſæpe quæſtiones voluntatis occurrunt, quæ juxta conſueta interpretandi fundamenta decidi debent. (2) *ſpondentium officium*, dum fit ſponſio, à deceptione abſtinere, legitime autem initam implere debent, contra invitos actio datur *lit. E.* circa cujus denominationem hodie non valde laborandum.

OBSERV. CCXCIV.

Fiunt de rebus præteritis lit. O.) Sed ſi has alter certo ſciat, num valebit ſponſio? Ita puto, imputet enim ſibi alter, quod cum eo inierit ſponſionem, de quo ipſi non conſtabat, ſciret an ignoraret rem controverſam, nam hoc poſito, ille in omnem eventum conſenſit. Multo magis autem hoc verum eſt, ſi alter ſcientiam profeſſus ſit, alterumque de ſponſione non temere ineunda admonuerit. Quodſi vero ad interrogationem, diſſimulaverit vel negaverit ſcientiam alterumque ita doloſe ad ſponſionem allexerit,

tum ea non valebit. Alii aliter. *vid. BECMAN. doctr. mor. c. 8. §. fin.*

Observ. CCXCV.

Dolus tamen abesse debet & captiositas lit. O.) Utriusque tamen, si adsint, non idem est effectus, nam dolus sponsionem vitiat, sed captiositas negligitur & sponsio juxta consuetum significatum valet, reservationum quippe mentalium ac insiitati sensus circa pacta nulla est habenda ratio, quia alias facile eorum effectus his inventis eludi posset.

Tit. VI.

SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT.

Observ. CCXCVI.

Actio in factum) Si quis renunciatione falsi modi alios læserit, tum dubio procul, ex juris naturalis præscripto, damnum resarcire cogitur, ubi etiam illud rationi est consentaneum, ut mitius cum eo procedamus, qui ex amicitia saltem id muneris suscepit, quam cum illo, qui hujus rei peritiam est professus. Hæc naturalia hic probavit lex Romana, introducta insimul actionis hujus præscriptione, negataque Ejus in hæredes transmissione. Quodsi mensor cum altero contrahente in alterius perniciem colluserit, tum læso velut correi videntur obligati, adeo ut is vel ab illo vel ab hoc solidum consequi possit.

Tit.

TIT. VII.

DE RELIGIOSIS ET SUMTIBUS FUNERUM, ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

OBSERV. CCXCVII.

DE *sepeliendi æquitate & modis*) De sepultura quoad mores nostros plenius egi *in* specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 9.* ex quo nonnulla delibabo. Sepultura est actus, *quo defunctorum corpora terræ mandantur, eo fine, quo ibi maneant & naturali modo tandem in cineres resolvantur.* Apud Romanos sepulturis loca privata erant destinata, quæ ideo *religiosa* audiebant *lit. R.* cujus rei hodie nullus usus. Hodie in cœmiteriis homines sepeliuntur, quorum dominium cum ad Ecclesias parochiales pertineat, hæ non immerito pro usu rei suæ, ex bonis defuncti aliquid exigunt *lit. I. n.* qua de re plura dixi vel indicavi *d. c. 9. §. 9. 10. 11. seqq.*

OBSERV. CCXCVIII.

Est honesta) Varietatem sepulturæ etiam tradidi *d. c. 9. §. 2.* Homines autem vivos regulariter ad mortuos honeste sepeliendos ex lege naturali obligari, nisi hi delictis atrocibus, & pœnæ humanæ subjectis, sese socialitate fecerint indignos, his tamen hæreticos, verbi divini & sacramentorum contemtores ac excommunicatos, non recte annumerari, amplius existimavi *d. c. 9. §. 3. seqq.*

OBSERV. CCXCIX.

Si quis mortuum infert) Hoc quoque naturale est, ut is, qui in sepulchrum alienum mortuum infert, do-

mino eo nomine satisfacere debeat. Hic tamen propria autoritate cadaver eximere non debet, cum hoc imperio civili quodammodo repugnet, si tamen hoc faciat, crimen sepulchri violati non committit, ceu perperam *AUTOR* hic asserit, sibi ipsi contrarius infra *de sepulchr. violat. lit. C.*

OBSERV. CCC.

Si quis impediatur inferre) Nec minus hoc caput naturale est, ut nimirum ab eo, qui nobis circa illationem mortui nostri molestus est, satisfactionem exigamus. De cætero hoc & præcedens caput hodie circa sepulchra hæreditaria occurrit, *vid. d. c. 9. §. 6.*

OBSERV. CCCI.

Si quis propter debitum cadaver arrestet) Quoad actum sepeliendi, humanitas jubet, ne illum, ad defuncti ignominiam, impediamus, contra secus facientes lex civilis pœnam decernit, de qua *h.* Aliàs ille peragitur variis ceremoniis, de quibus dixi *d. c. 9. §. 16.* ad eas quoque pertinet solennis deductio, cui ex lege humanitatis interesse tenemur, inprimis verò hæc exigit, ne funus comitantibus, ac inprimis propinquis & hæredibus, simus molesti, id quod lex positiva certius definit, de qua *h.*

OBSERV. CCCII.

Sumtus petuntur actione funeraria) Si quis, qui non erat obligatus, impensas in funus fecerit, is dubio procul eas naturaliter ab iis repetere potest, ad quas ea res pertinebat, id quod leges Romanæ confirmarunt. Non opus autem est, ut quasi contractum fingamus, nam ob acceptam utilitatem obligatio existit. Privilegium autem prælationis, quod in

con-

concursu actio funeraria habet, est ex jure positivo, *conf. d. c. 9. §. 20. seqq.*

OBSERV. CCCIII.

De hac actione cognoscit judex secularis) Ubi controversiæ, occasione sepulturæ ortæ, ventilari debeant, id ex statu cujusvis Territorii ac Imperantis voluntate judicandum, qui etiam processum in his causis observandum definit, *add. STRYK. in not. h. p. 295. Spec. jur. Eccles. d. c. 9. §. 24. 25.*

TIT. VIII.

DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

OBSERV. CCCIV.

INterdictum de mortuo inferendo) Hoc & alterum interdictum de sepulchro ædificando, hactenus utique naturale est, quatenus per ea jus nostrum defendimus, modus tamen procedendi jure positivo maximam partem definitur.

LIB. XII. TIT. I.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETATUR ET DE CONDICTIONE.

OBSERV. CCCV.

MUtuum) Definitio hæc juxta hypotheses juris civilis recte se habet, quodsi autem mutuum, secundum simplicitatem naturalem, pro contractu consensuali habeas, tum erit *contractus de re fungibili*

 dan-

danda, eademque in genere suo tempore reddenda, vid. notat. ad tit. de pact. obs. 57. n. 7. quodsi actum illum, quo alter pecuniam se mutuo daturum promittit, pro obligatorio habeas, tum res eodem recidit, sive mutuum, contractum realem dicas, ac actum illum præcedentem pro pacto præparatorio habeas, sive ex conjunctione horum actuum, unum contractum consensualem efficias.

OBSERV. CCCVI.

Si uterque tantum in translationem dominii consensit, aliter est) In hac doctrina nullus est sensus, hinc *Du. STRYK. in not.* sic legendum censet: *Si uterque in translationem dominii consensit; si unus tantum, aliter est*, quamvis nec hac emendatione sensus restitui videatur. Ego puto, pro *tantum* legendum esse *tamen*, ut propositio illa per modum limitationis præcedenti doctrinæ subjiciatur, nam hoc, nisi fallor, *AUTOR* intendit: *Errorem impedire mutuum & dominii translationem*, tum sequitur limitatio: *Si uterque tamen in translationem dominii* (utut circa causam vel titulum error & dissensus subfuerit) *consensit, aliter est*; ut doctrina eo collimet: errorem circa ipsam *translationem*, impedire, sed circa *causam vel titulum*, non impedire dominii transitionem.

2. Sed ultimum controversum est, ob famosos illos textus in *l. 18. pr. h. t.* & *l. 36. de A. R. D.* ad quorum conciliationem, *AUTORIS* doctrina non pertingit. Multi de conciliatione desperant, quod mihi non probatur, cum satis perspicuum sit, *ULPIANUM in d. l. 18.* effatum *JULIANI in d. l. 36.* paulo generalius, juxta intentionem utriusque contrahentis, distinctius explicare, seu quæstioni *an*, sub-

ſubjicere quæſtionem *quomodo*, id quod ex addita ipſius doctrinæ paraphraſi facile liquet: *ſi ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu* (meæ intentionis ignarus) *quaſi mutuam accipias. Julianus ſcribit, donationem non eſſe*, (quia alter ob errorem, voluntatem donantis non acceptavit) *ſed an mutua ſit videndum. Et puto nec mutuam eſſe* (ob eandem rationem, quia ſcilicet error in cauſis commiſſus, unionem voluntatum ad certum contractum impedivit,) *magisque nummos accipientis non fieri* (nempe irrevocabiliter & juxta intentionem donantis, ratio) *cum alia intentione acceperit. Quare ſi eos conſumſerit, licet condictione* (ex mutuo, nam non veritas, ſed opinio accipientis hactenus ſpectatur, & juxta hanc, actio contra ipſum conceditur) *teneatur*, (quam dans inſtituit, poſtquam, cognito errore, accipientis intentionem ex poſtfacto reſcivit) *tamen doli exceptione uti poterit*, (poſtquam non minus accipienti prima dantis intentio innotuit) *quia ſecundum voluntatem dantis* (primam) *nummi ſunt conſumti* (& hanc accipiens, errore cognito, ex poſtfacto acceptat.) Igitur *JULIANUS* dominium transferri putabat, modo quoad tranſlationem conſenſus adſit, utut quoad cauſas ſeu titulos error & hinc ortus diſſenſus ſubfuerit, *ULPIANUS* alterius diſpicit, juxta quem titulum tranſlatio dominii facta cenſeri queat, quæ adeo male priori ſententiæ opponuntur. Id addo, caſum illum non tam in vita civili exiſtere, quam à JCtis ſaltem, declarandæ erroris diverſitati & efficaciæ, fingi, quis enim tam incurioſus erit, ut, quando paciſcitur, alterius animum & intentionem non exploret? Sententia *HUBERI*, quam *p. 2. Digreſſ. l. 2. c. 6.* proponit

ac in Eunom. *ad l. 18. de R. C.* repetit, quaque textus illos de *dissensu consulto & expresso* accipit, ita ut in *d. l. 18.* partes peremtoriè dissenserint, sed in *d. l. 36.* dissensus magis generosus, quam irreconciliabilis fuerit, parum probabilis est. Cum enim id certissimum sit, quod, quamdiu partes expresse dissentiunt, nihil agatur, quis crediderit JCtos de hoc, tanquam re singulari, sategisse?

Observ. CCCVII.

Et rei traditione lit. C.) Est hæc *pars mutui essentialis*, si id pro *contractu reali* habeas, de cætero JCti nonnulli in exigenda traditione nimis fuerunt rigidi, ceu ex *l. 34. pr. mand.* apparet, quam cum *l. 15. h. t.* vix composueris, sed illarum tricarum hodie nullus est usus. Quodsi autem mutuum pro *contractu consensuali* habeas, tum traditio pertinet ad *executionem obligationis in mutuante*, & *mutuatarii obligationem actu excitandam*, perinde sicut se res habet in aliis contractibus successivè obligantibus, ut locatione, conductione similibusque.

Observ. CCCVIII.

Mutuum dare impediuntur lit. S.) Doctrina de personis *lit. S. P.* & materia *lit. O.* est juris Gentium, nisi quod hinc inde personæ, aliàs non inhabiles, ab hoc contractu, lege civili removeantur, ut Præsides Provinciarum & filiifam. *add. DECIS. SAXON. 16.*

Observ. CCCIX.

Procurator mutuum accipiens, hic tantum naturam nuncii habet lit. P. in fin.) Sed hoc ad tricas fori Romani pertinet, quarum hodie nullus usus. Scilicet in aliis contractibus Procurator actiones *directas* sibique *utiles* domino acquirit, sed in mutuo est instar nun-

nuncii, qui voluntatem alterius simpliciter exponit, adeoque nudi instrumenti rationem habet, hinc actio *directa* domino & contra ipsum competit, sed quid hæc ad Germaniam?

OBSERV. CCCX.

Effectus primus est obligatio lit. E.) Hanc ex jure naturali oriri, certum est, qualis autem sit, ex consensu præcedente judicandum, hinc si mutuum pro contractu consensuali habeas, obligatio tam ad mutuantem, quo det, quam mutuatarium, quo rem acceptam suo tempore reddat, pertinebit.

OBSERV. CCCXI.

In eodem genere, eadem quantitate & qualitate repetendam) In mutuo tantundem reddi debere, certum est, sed quid tantundem sit, id sæpe non adeo liquidum. In genere tamen dicendum, æqualitatis investigandæ duplicem esse normam, *naturam mutui* & *specialem conventionem*. Juxta illam (ad quam nunc unice respiciemus,) duplex regula summatim obtinet (1) *si res olim accepta ex suo genere restitui nequeat ob raritatem* (v. gr. vinum, vel certum pecuniæ genus, olim acceptum, difficulter nunc haberi potest) *tum debet præstari æstimatio præsentis temporis l. 22. h. t.* nam sicut creditor, re ipsa ex suo genere restitutâ, præsentis temporis pretio frueretur, ita rei æquipollentis æstimatio ad idem tempus redigenda est; (2) *si vero res ex suo genere restituatur, tum debet restitutio fieri juxta genus proximum & quantitatem ac qualitatem, quæ fuit tempore contractus*, nam aliàs creditor non acciperet tantum, quantum dedit, sed vel plus vel minus, quod naturæ contractus ac æquitati repugnat. Quodsi adeo monetæ bonitas vel in-

intrinseca vel extrinseca mutetur, ad tempus contractus erit respiciendum, & ex eo obligatio debitoris judicanda.

2. Nonnulli interpretes ista quidem admittunt, sed in applicatione falluntur, quod exemplo illustrabimus. *STRUVIUS in S. J. C. exerc. 16. §. 31.* post alios contendit, mutata bonitate extrinseca, seu valore, attendi valorem, qui fuerit tempore contractus, quod ita explicat, ut sive minutus sive auctus fuerit valor, tantam summam restituere teneatur debitor, quantam, computatione juxta valorem nummorum, tempore contractus datorum, instituta, accepit, adeoque si auctus sit valor, & idem forte genus nummorum solvatur, debitor deducere possit incrementum, quod veteri accessit æstimationi, sin verò minutus, debeat supplere, ut summa credita conficiatur & restituatur.

3. In eodem casu *CARPZOV. p. 2. C. 28. D. 5.* tempus contractus attendi docet, sed vim & sensum istius locutionis, contrario plane modo explicat, nimirum incrementi vel decrementi nullam haberi rationem, sed solutionem fieri antiquo valore, quo etiam sensu istam locutionem accepit ipsa *CONSTITUTIO 28. Dn. THOMAS. in not. ad Strauch. dissert. 13. th. 10 p. 152.* censet, *CARPZOVII* quidem decisionem esse æquiorem & veriorem, sed *STRUVII* (cum quo etiam facit *STRAUCHIUS*) computationem accuratiorem, cum juxta Carpzovianam, revera non tempus contractus, sed solutionis consideretur, per ea, quæ accurate *FRANSKIUS Exerc. 9. qu. 2. §. 35. seqq.* differuerit.

4. Sed mihi *STRUVII*, omniumque, qui eandem

dem fovent ſententiam, deciſio non tantum iniqua, ſed & computatio falſa ſibique ipſi contraria, *CARPZOVII* vero & computatio, & deciſio, accurata æquaque videtur. Quid enim manifeſtius eſt, quam reſpici tempus contractus, ſi præſentis valoris aucti vel imminuti nulla habeatur ratio, quod vult *CARPZOVIUS*, & contra, reſpici tempus ſolutionis, ſi valore aucto, debitor quid retineat, imminuto, addat? hinc male *STRUV.* ſibi imaginatur tempus contractus; Confundunt ſcilicet, qui ita computant, *ſummam* & *valorem*. Quoad illam ad tempus contractus quidem reſpiciunt, v. gr. dedi mutuo 100. imperiales, ſumma hæc, quæ fuit tempore contractus, reddenda. Sed eam non conficiunt valore antiquo, ſed novo, atque ita quoad hunc, non reſpiciunt tempus contractus, ſed ſolutionis. De iniquitate autem hujus ſententiæ non eſt dubitandum, nam ſi aucto valore quid retinet debitor, tum minus, ſi imminuto, addit, plus, quam accepit, præſtat, illo caſu creditor, hoc debitor læditur. Sed hæc delibaſſe ſufficiat, plura in hanc rem dicere, inſtituti vetat anguſtia.

OBSERV. CCCXII.

Hodie etiam ex pacto & mora) Atque hoc, in ſpecie quoad moram (nam de pacto non dubitatur) in omnibus contractibus ſtricti juris, quos vocant, obſervandum puto, quod contra *AUTOREM*, in ſequentibus paſſim contrarium aſſerentem, ſemel admonuiſſe ſufficiat. Nam ubique eadem æquitatis ratio ſubeſt & *d. Rec. Imper.* non corrigit, ſed æquitatem ſaltem conſervat, ac receptionem juris Romani impedit, quamvis nequidem ſtricte accipiendus ſit,

licet

tum ea non valebit. Alii aliter. *vid. BECMAN. doctr. mor. c. 8. §. fin.*

OBSERV. CCXCV.

Dolus tamen abesse debet & captiositas lit. O.) Utriusque tamen, si adsint, non idem est effectus, nam dolus sponsionem vitiat, sed captiositas negligitur & sponsio juxta consuetum significatum valet, reservationum quippe mentalium ac inusitati sensus circa pacta nulla est habenda ratio, quia alias facile eorum effectus his inventis eludi posset.

TIT. VI.
SI MENSOR FALSUM MODUM DIXERIT.

OBSERV. CCXCVI.

Actio in factum) Si quis renunciatione falsi modi alios læserit, tum dubio procul, ex juris naturalis præscripto, damnum resarcire cogitur, ubi etiam illud rationi est consentaneum, ut mitius cum eo procedamus, qui ex amicitia saltem id muneris suscepit, quam cum illo, qui hujus rei peritiam est professus. Hæc naturalia hic probavit lex Romana, introducta insimul actionis hujus præscriptione, negataque Ejus in hæredes transmissione. Quodsi mensor cum altero contrahente in alterius perniciem collu-serit, tum læso velut correi videntur obligati, adeo ut is vel ab illo vel ab hoc solidum consequi possit.

Tit. VII.
DE RELIGIOSIS ET SUMTIBUS FUNERUM, ET UT FUNUS DUCERE LICEAT.

Observ. CCXCVII.

DE *sepeliendi æquitate & modis*) De sepultura quoad mores nostros plenius egi *in* specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 9.* ex quo nonnulla delibabo. Sepultura est actus, *quo defunctorum corpora terræ mandantur, eo fine, quo ibi maneant & naturali modo tandem in cineres resolvantur.* Apud Romanos sepulturis loca privata erant destinata, quæ ideo *religiosa* audiebant *lit. R.* cujus rei hodie nullus usus. Hodie in cœmiteriis homines sepeliuntur, quorum dominium cum ad Ecclesias parochiales pertineat, hæ non immerito pro usu rei suæ, ex bonis defuncti aliquid exigunt *lit. I. n.* qua de re plura dixi vel indicavi *d. c. 9. §. 9. 10. 11. seqq.*

Observ. CCXCVIII.

Est honesta) Varietatem sepulturæ etiam tradidi *d. c. 9. §. 2.* Homines autem vivos regulariter ad mortuos honeste sepeliendos ex lege naturali obligari, nisi hi delictis atrocibus, & pœnæ humanæ subjectis, sese socialitate fecerint indignos, his tamen hæreticos, verbi divini & sacramentorum contemtores ac excommunicatos, non recte annumerari, amplius existimavi *d. c. 9. §. 3. seqq.*

Observ. CCXCIX.

Si quis mortuum infert) Hoc quoque naturale est, ut is, qui in sepulchrum alienum mortuum infert, do-

mino eo nomine satisfacere debeat. Hic tamen propria autoritate cadaver eximere non debet, cum hoc imperio civili quodammodo repugnet, si tamen hoc faciat, crimen sepulchri violati non committit, ceu perperam *AUTOR* hic asserit, sibi ipsi contrarius infra *de sepulchr. violat. lit. C.*

OBSERV. CCC.

Si quis impediatur inferre) Nec minus hoc caput naturale est, ut nimirum ab eo, qui nobis circa illationem mortui nostri molestus est, satisfactionem exigamus. De cætero hoc & præcedens caput hodie circa sepulchra hæreditaria occurrit, *vid. d. c. 9.* §. *6.*

OBSERV. CCCI.

Si quis propter debitum cadaver arrestet) Quoad actum sepeliendi, humanitas jubet, ne illum, ad defuncti ignominiam, impediamus, contra secus facientes lex civilis pœnam decernit, de qua *h.* Aliàs ille peragitur variis ceremoniis, de quibus dixi *d. c. 9.* §. *16.* ad eas quoque pertinet solennis deductio, cui ex lege humanitatis interesse tenemur, inprimis verò hæc exigit, ne funus comitantibus, ac inprimis propinquis & hæredibus, simus molesti, id quod lex positiva certius definit, de qua *h.*

OBSERV. CCCII.

Sumtus petuntur actione funeraria) Si quis, qui non erat obligatus, impensas in funus fecerit, is dubio procul eas naturaliter ab iis repetere potest, ad quas ea res pertinebat, id quod leges Romanæ confirmarunt. Non opus autem est, ut quasi contractum fingamus, nam ob acceptam utilitatem obligatio existit. Privilegium autem prælationis, quod in con-

concursu actio funeraria habet, est ex jure positivo, *conf. d. c. 9. §. 20 seqq.*

OBSERV. CCCIII.

De hac actione cognoscit judex secularis) Ubi controversiæ, occasione sepulturæ ortæ, ventilari debeant, id ex statu cujusvis Territorii ac Imperantis voluntate judicandum, qui etiam processum in his causis observandum definit, *add. STRYK. in not. h. p. 295. Spec. jur. Eccles. d. c. 9. §. 24. 25.*

TIT. VIII.

DE MORTUO INFERENDO ET SEPULCHRO ÆDIFICANDO.

OBSERV. CCCIV.

INterdictum de mortuo inferendo) Hoc & alterum interdictum de sepulchro ædificando, hactenus utique naturale est, quatenus per ea jus nostrum defendimus, modus tamen procedendi jure positivo maximam partem definitur.

LIB. XII. TIT. I.

DE REBUS CREDITIS, SI CERTUM PETATUR ET DE CONDICTIONE.

OBSERV. CCCV.

MUtuum) Definitio hæc juxta hypotheses juris civilis recte se habet, quodsi autem mutuum, secundum simplicitatem naturalem, pro contractu consensuali habeas, tum erit *contractus de re fungibili*

danda, eademque in genere suo tempore reddenda, vid. notat. ad tit. de pact. obs. 57. n. 7. quodsi actum illum, quo alter pecuniam se mutuo daturum promittit, pro obligatorio habeas, tum res eodem recidit, sive mutuum, contractum realem dicas, ac actum illum præcedentem pro pacto præparatorio habeas, sive ex conjunctione horum actuum, unum contractum consensualem efficias.

OBSERV. CCCVI.

Si uterque tantum in translationem dominii consensit, aliter est) In hac doctrina nullus est sensus, hinc *Dn. STRYK. in not.* sic legendum censet: *Si uterque in translationem dominii consensit; si unus tantum, aliter est*, quamvis nec hac emendatione sensus restitui videatur. Ego puto, pro *tantum* legendum esse *tamen*, ut propositio illa per modum limitationis præcedenti doctrinæ subjiciatur, nam hoc, nisi fallor, *AUTOR* intendit: *Errorem impedire mutuum & dominii translationem*, tum sequitur limitatio: *Si uterque tamen in translationem dominii* (utut circa causam vel titulum error & dissensus subfuerit) *consensit, aliter est*; ut doctrina eo collimet: errorem circa ipsam *translationem*, impedire, sed circa *causam vel titulum*, non impedire dominii transitionem.

2. Sed ultimum controversum est, ob famosos illos textus in *l. 18. pr. h. t.* & *l. 36. de A. R. D.* ad quorum conciliationem, *AUTORIS* doctrina non pertingit. Multi de conciliatione desperant, quod mihi non probatur, cum satis perspicuum sit, *ULPIANUM in d. l. 18.* effatum *JULIANI in d. l. 36.* paulo generalius, juxta intentionem utriusque contrahentis, distinctius explicare, seu quæstioni *an*, sub-

ſubjicere quæſtionem *quomodo*, id quod ex addita ipſius doctrinæ paraphraſi facile liquet: *ſi ego pecuniam tibi quaſi donaturus dedero, tu* (meæ intentionis ignarus) *quaſi mutuam accipias, Julianus ſcribit, donationem non eſſe,* (quia alter ob errorem, voluntatem donantis non acceptavit) *ſed an mutua ſit videndum. Et puto nec mutuam eſſe* (ob eandem rationem, quia ſcilicet error in cauſis commiſſus, unionem voluntatum ad certum contractum impedivit,) *magisque nummos accipientis non fieri* (nempe irrevocabiliter & juxta intentionem donantis, ratio) *cum alia intentione acceperit. Quare ſi eos conſumſerit, licet condictione* (ex mutuo, nam non veritas, ſed opinio accipientis hactenus ſpectatur, & juxta hanc, actio contra ipſum conceditur) *teneatur*, (quam dans inſtituit, poſtquam, cognito errore, accipientis intentionem ex poſtfacto reſcivit) *tamen doli exceptione uti poterit,* (poſtquam non minus accipienti prima dantis intentio innotuit) *quia ſecundum voluntatem dantis* (primam) *nummi ſunt conſumti* (& hanc accipiens, errore cognito, ex poſtfacto acceptat.) Igitur *JULIANUS* dominium transferri putabat, modo quoad translationem conſenſus adſit, utut quoad cauſas ſeu titulos error & hinc ortus diſſenſus ſubfuerit, *ULPIANUS* alterius diſpicit, juxta quem titulum translatio dominii facta cenſeri queat, quæ adeo male priori ſententiæ opponuntur. Id addo, caſum illum non tam in vita civili exiſtere, quam à JCtis ſaltem, declarandæ erroris diverſitati & efficaciæ, fingi, quis enim tam incurioſus erit, ut, quando paciſcitur, alterius animum & intentionem non exploret? Sententia *HUBERI*, quam *p. 2. Digreſſ. l. 2. c. 6.* proponit

 ac

ac in Eunom. *ad l. 18. de R. C.* repetit, quaque textus illos de *dissensu consulto & expresso* accipit, ita ut in *d. l. 18.* partes peremtoriè dissenserint, sed in *d. l. 36.* dissensus magis generosus, quam irreconciliabilis fuerit, parum probabilis est. Cum enim id certissimum sit, quod, quamdiu partes expresse dissentiunt, nihil agatur, quis crediderit JCtos de hoc, tanquam re singulari, sategisse?

OBSERV. CCCVII.

Et rei traditione lit. C.) Est hæc *pars mutui essentialis*, si id pro *contractu reali* habeas, de cætero JCti nonnulli in exigenda traditione nimis fuerunt rigidi, ceu ex *l. 34. pr. mand.* apparet, quam cum *l. 15. h. t.* vix composueris, sed illarum tricarum hodie nullus est usus. Quodsi autem mutuum pro *contractu consensuali* habeas, tum traditio pertinet ad *executionem obligationis in mutuante*, & *mutuatarii obligationem actu excitandam*, perinde sicut se res habet in aliis contractibus successivè obligantibus, ut locatione, conductione similibusque.

OBSERV. CCCVIII.

Mutuum dare impediuntur lit. S.) Doctrina de personis *lit. S. P.* & materia *lit. O.* est juris Gentium, nisi quod hinc inde personæ, aliàs non inhabiles, ab hoc contractu, lege civili removeantur, ut Præsides Provinciarum & filiifam. *add. DECIS. SAXON. 16.*

OBSERV. CCCIX.

Procurator mutuum accipiens, hic tantum naturam nuncii habet lit. P. in fin.) Sed hoc ad tricas fori Romani pertinet, quarum hodie nullus usus. Scilicet in aliis contractibus Procurator actiones *directas* sibique *utiles* domino acquirit, sed in mutuo est instar

nun-

nuncii, qui voluntatem alterius ſimpliciter exponit, adeoque nudi inſtrumenti rationem habet, hinc actio *directa* domino & contra ipſum competit, ſed quid hæc ad Germaniam?

Observ. CCCX.

Effectus primus eſt obligatio lit. E.) Hanc ex jure naturali oriri, certum eſt, qualis autem ſit, ex conſenſu præcedente judicandum, hinc ſi mutuum pro contractu conſenſuali habeas, obligatio tam ad mutuantem, quo det, quam mutuatarium, quo rem acceptam ſuo tempore reddat, pertinebit.

Observ. CCCXI.

In eodem genere, eadem quantitate & qualitate repetendam) In mutuo tantundem reddi debere, certum eſt, ſed quid tantundem ſit, id ſæpe non adeo liquidum. In genere tamen dicendum, æqualitatis inveſtigandæ duplicem eſſe normam, *naturam mutui* & *ſpecialem conventionem*. Juxta illam (ad quam nunc unice reſpiciemus,) duplex regula ſummatim obtinet (1) *ſi res olim accepta ex ſuo genere reſtitui nequeat ob raritatem* (v. gr. vinum, vel certum pecuniæ genus, olim acceptum, difficulter nunc haberi poteſt) *tum debet præſtari æſtimatio præſentis temporis l. 22. h. t.* nam ſicut creditor, re ipſa ex ſuo genere reſtitutâ, præſentis temporis pretio frueretur, ita rei æquipollentis æſtimatio ad idem tempus redigenda eſt; (2) *ſi vero res ex ſuo genere reſtituatur, tum debet reſtitutio fieri juxta genus proximum & quantitatem ac qualitatem, quæ fuit tempore contractus*, nam aliàs creditor non acciperet tantum, quantum dedit, ſed vel plus vel minus, quod naturæ contractus ac æquitati repugnat. Quodſi adeo monetæ bonitas vel in-

intrinſeca vel extrinſecâ mutetur, ad tempus contractus erit reſpiciendum, & ex eo obligatio debitoris judicanda.

2. Nonnulli interpretes iſta quidem admittunt, ſed in applicatione falluntur, quod exemplo illuſtrabimus. *STRUVIUS in S. J. C. exerc. 16. §. 31.* poſt alios contendit, mutata bonitate extrinſeca, ſeu valore, attendi valorem, qui fuerit tempore contractus, quod ita explicat, ut ſive minutus ſive auctus fuerit valor, tantam ſummam reſtituere teneatur debitor, quantam, computatione juxta valorem nummorum, tempore contractus datorum, inſtituta, accepit, adeoque ſi auctus ſit valor, & idem forte genus nummorum ſolvatur, debitor deducere poſſit incrementum, quod veteri acceſſit æſtimationi, ſin verò minutus, debeat ſupplere, ut ſumma credita conficiatur & reſtituatur.

3. In eodem caſu *CARPZOV. p. 2. C. 28. D. 5.* tempus contractus attendi docet, ſed vim & ſenſum iſtius locutionis, contrario plane modo explicat, nimirum incrementi vel decrementi nullam haberi rationem, ſed ſolutionem fieri antiquo valore, quo etiam ſenſu iſtam locutionem accepit ipſa *CONSTITUTIO 28. Dn. THOMAS. in not. ad Strauch. diſſert. 13. th. 10. p. 152.* cenſet, *CARPZOVII* quidem deciſionem eſſe æquiorem & veriorem, ſed *STRUVII* (cum quo etiam facit *STRAUCHIUS*) computationem accuratiorem, cum juxta Carpzovianam, revera non tempus contractûs, ſed ſolutionis conſideretur, per ea, quæ accurate *FRANSKIUS Exerc. 9. qu. 2. §. 35. ſeqq.* diſſeruerit.

4. Sed mihi *STRUVII*, omniumque, qui eandem

dem fovent ſententiam, deciſio non tantum iniqua, ſed & computatio falſa ſibique ipſi contraria, *CARPZOVII* vero & computatio, & deciſio, accurata æquaque videtur. Quid enim manifeſtius eſt, quam reſpici tempus contractus, ſi præſentis valoris aucti vel imminuti nulla habeatur ratio, quod vult *CARPZOVIUS*, & contra, reſpici tempus ſolutionis, ſi valore aucto, debitor quid retineat, imminuto, addat? hinc male *STRUV.* ſibi imaginatur tempus contractus; Confundunt ſcilicet, qui ita computant, *ſummam* & *valorem*. Quoad illam ad tempus contractus quidem reſpiciunt, v. gr. dedi mutuo 100. imperiales, ſumma hæc, quæ fuit tempore contractus, reddenda. Sed eam non conficiunt valore antiquo, ſed novo, atque ita quoad hunc, non reſpiciunt tempus contractus, ſed ſolutionis. De iniquitate autem hujus ſententiæ non eſt dubitandum, nam ſi aucto valore quid retinet debitor, tum minus, ſi imminuto, addit, plus, quam accepit, præſtat, illo caſu creditor, hoc debitor læditur. Sed hæc delibaſſe ſufficiat, plura in hanc rem dicere, inſtituti vetat anguſtia.

OBSERV. CCCXII.

Hodie etiam ex pacto & mora) Atque hoc, in ſpecie quoad moram (nam de pacto non dubitatur) in omnibus contractibus ſtricti juris, quos vocant, obſervandum puto, quod contra *AUTOREM*, in ſequentibus paſſim contrarium aſſerentem, ſemel admonuiſſe ſufficiat. Nam ubique eadem æquitatis ratio ſubeſt & *d. Rec. Imper.* non corrigit, ſed æquitatem ſaltem conſervat, ac receptionem juris Romani impedit, quamvis nequidem ſtricte accipiendus ſit, licet

licet eum pro lege correctoria habeas, nam vulgaris assertio contraria nullo nititur fundamento.

OBSERV. CCCXIII.

Literarum obligatio non oritur ex præsumto mutuo, sed ex singulari contractu) Dedi tibi chirographum, in quo confessus sum, me accepisse à te pecuniam suo tempore restituendam. Postea ex chirographo agis & pecuniam petis, ego oppono exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæritur (1) *quale negotium dato chirographo sit celebratum?* (2) *quid circa illud justum?*

2. *AUTOR* cum communi Dd. schola, quoad prius, censet, chirographi datione, peculiarem *contractum literalem* esse initum, sed mihi sententia *BACHOVII* contraria placuit in *disputat.* De putativo contractu literali *hab. Lips. 1691.* in qua adhuc persisto arbitrorque, chirographum datum saltem pertinere ad probationem, contractum autem vel nullum, vel mutui similemve subesse, ac inde obligationem debitoris oriri.

3. Probatur hæc sententia (1) *ex intentione actoris, in mutuo vel simili negotio* (si extensionem admittas) *se fundantis, Rei, sua exceptione fundamentum illud negantis ac processus exitu,* nam prout vel Actoris vel Rei intentio ad liquidum fuerit deducta, ita vel condemnatio vel absolutio sequitur, atque hæc ratio efficax est, sive intra sive post biennium agatur, quod latius deduximus *d. disp. §. 5.* (2) *ex eo, quod datio chirographi etiam occurrat circa negotium liberatorium lit. O. b.* manifesto indicio, eam per se non esse contractum, sed saltem negotium probatorium, quod circa negotia, obligatoria & liberatoria occurrat; (3) *ex silen-*

ſilentio veterum JCtorum, qui Triboniano fuerunt ſagaciores d. diſp. §. 6. 7. (4) *ex ipſa Autoris confeſſione,* mox enim ait: *Objectum materiale eſt pecunia, formale non tantum* ex cauſa mutui, *ſed etiam* ex aliis cauſis *data vel ſperata,* hic enim manifeſte diſtinguit negotia *obligatoria* à *probatoriis,* & chirographi dationem ad hæc pertinere oſtendit, nam profecto nullius ſenſus eſt doctrina, ſi dicas: *Chirographum* i. e. *peculiaris contractus literalis, verſatur circa pecuniam non tantum ex cauſa mutui, ſed etiam ex aliis cauſis datam,* quomodo enim contractus circa contractum occupabitur? Aſt ſi dicas: *Chirographum, velut inſtrumentum probatorium, circa ea verſatur,* tum ſani ſenſus doctrinam propoſuiſti.

Observ. CCCXIV.

Licet enim actor ſe fundet) Vult hic *AUTOR* elidere primam noſtram rationem, ſed irrito conatu, ſi enim numeratio eſt fundamentum *executionis,* quod fatetur, erit etiam fundamentum *actionis,* nam actio ſine executione eſt non ens, neque enim actionem ex eo æſtimare debemus, quod quis de facto eam inſtituat, ſed ex eventu ejus veritas judicanda; hinc tantum abeſt, ut hæc reſponſio *AUTORIS* ſententiam noſtram deſtruat, ut eam potius confirmet. Cætera, quæ opponi ſolent, diſcuſſi *d. diſput.* §. 8.

Observ. CCCXV.

In ſolo contractu chirographario obligationem inducit) Vult hic *AUTOR* communem ſententiam confirmare, ſed rationibus infirmis. Nam *definitio, cauſa efficiens* & *impulſiva* ſupponunt id, de quo quæritur. *Perſona* autem ſaltem oſtendunt, quod heic ſubſit negotium, non autem, quod chirographum

ſit

fit peculiaris contractus, *objectum* verò sententiam communem non probare, sed destruere, *observ. 313. n. 3.* ostendi. Quod etiam de *effectu* dicendum, nam numeratione non interveniente, obligationem efficacem & veram non oriri, ipse *AUTOR* fatetur. Frustra etiam pro communi sententia, *autoritas Triboniani* allegatur, ei enim nihil dandum, cum legem non ferat, sed potius in re concipienda occupetur, *vid. d. disp. §. 9. seqq.*

OBSERV. CCCXVI.

Querela non numeratæ pecuniæ) Sed quicquid sit de ipsa negotii qualitate, sive quis chirographum pro contractu, sive instrumento probatorio habere velit, hactenus nihil valde refert, id deinde quæritur, *quid circa illud negotium sit justum?* ista quæstio continet (1) *an ex chirographo conventus, exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere, vel alias se defendere queat?* quod tam de jure naturali, quam civili *h.* asseritur; (2) *quis probare debeat?* juxta meram juris naturalis æquitatem, excipiens probare debet, quia chirographum contra ipsum pro actore facit præsumtionem. Verum jus civile, actori, intra biennium, à tempore dati chirographi, agenti, necessitatem probandi imposuit, addita simul contra reum mendacii convictum pœna, *vid. d. disput. §. 14. 15. 16.* Atque illa juris civilis sanctio, fabulæ, de peculiari contractu chirographario, ansam dubio procul præbuit, nam si chirographum sub consuetis probandi regulis fuisset relictum, nemini tale quid in mentem venisset.

OB-

OBSERV. CCCXVII.

Conceditur hac querela ob summam æquitatem lit. C.) Circa istam dispositionem juris civilis, *HUBERI in prælect. ad J. de liter. obligat. n. 1.* stilo, *singularem* & *enormem* quatuor notari possunt: (1) *moralitas* est æqua, ex mente *AUTORIS h.* sed id falsum esse, ostendimus *d. disp.* §. *17. 18. 19. 20. 21.* Exceptio naturalis, seu non privilegiata, æqua quidem est, sed non hæc civilis & privilegiata; (2) *sensus*, quorsum pertinent illa omnia, quæ *AUTOR lit. S. P. O. E.* proponit, & nos paulò latius discussimus *d. disput.* §. *22. seqq. usque ad 40.* in qua quidem disquisitione ejus sententiam modo probamus, modo rejicimus; (3) *Usus*, nempe obtinet illa dispositio, si recepta, nec ei lege contraria vel pacto derogatum sit, quo pertinent tradita *AUTORIS lit. C.* quæ fusius iterum deduximus *d. disp.* §. *41. usque ad 51.* (4) *Epicrisis*, nimirum est illa dispositio *iniqua, incerta* & *inutilis*, hinc rectius prospiceretur negotiis humanis, si ea neglecta, merum jus naturæ observetur, sic enim fabula de contractu literali, cum sexcentis quæstionibus dubiis cessaret, & chirographi dati vis ex consuetis probationum & præsumtionum regulis judicanda foret, *vid. d. disp.* §. *52. 53.*

OBSERV. CCCXVIII.

Licet instrumentum intervenerit, quod paratam executionem habeat lit. O.) Sed huic non posse opponi exceptionem non numeratæ pecuniæ privilegiatam, ostendi in *d. disput.* §. *26. 27. 28.* nam ea est natura processus executivi, ut reus vel recognoscat vel juratò diffiteatur chirographum, probatio verò per testes & instrumenta, vel delatio juramenti exulat.

Jam si reo exceptionem privilegiatam opponere liceret, ad istam probandi rationem, actori confugiendum esset, quod tamen naturæ processus executivi repugnat, ut satis liqueat, hâc exceptionem illam excludi. Aliud est in exceptione non privilegiata, hanc reus opponere potest, si eam in continenti probare queat.

TIT. II.

DE JUREJURANDO SIVE VOLUNTARIO, SIVE NECESSARIO SIVE JUDICIALI.

OBSERV. CCCXIX.

Jusjurandum) Est actus dubio procul omnibus gentibus communis, hinc etiam ejus, quatenus est actus religiosus, natura, eoque pertinentia officia, ex generalibus intelliguntur principiis. Circa usum vero specialem, quem in vita civili præbet, nonnunquam leges positivæ speciales occurrunt, ceu ex sequentibus apparebit.

OBSERV. CCCXX.

Est religiosa rei alicujus asseveratio) Sed hæc definitio etiam perjurio applicari poterit, nec facile apud Scriptores aliquam reperias, quæ hoc vitium evitet. Quare sic potius dicendum: Jusjurandum est *actus religiosus, quo Dei vindictam in nos deposcimus, si mentiamur aut fallamus, ubi tamen neque mentimur, neque fallimus aut fallendi propositum habemus.* Consistit adeò indoles juramenti (1) in provocatione vindictæ divinæ, (2) sub conditione mendacii vel perfidiæ facta, ubi tamen (3) illa conditio f. mendacium

&

& perfidia non adest. Duo priora etiam in perjurio occurrunt, nam & in hoc vindicta Dei, sub conditione mendacii & perfidiæ provocatur, sed tertium distinguit juramentum à perjurio, nam ibi conditio deficit, hic adest. Id autem plerumque homines ignorant, hinc etiam juramentum & perjurium discernere, seu an id vel hoc subsit, scire sæpe non possunt.

Observ. CCCXXI.

Jurare Christiani possumus lit. N.) Per jus naturale hoc licet, neque enim irreverentiam vel contemtum Dei involvit, Ejus provocare vindictam sub conditione mendacii aut perfidiæ, dummodo illud aut hæc non subsit. Sed ais, actum esse frustraneum, quid enim opus est, sub conditione, quæ non adest, Dei iram & vindictam provocare? Verum de hoc inter homines non constat, quare ut probabiliter certi reddantur, mendacium aut perfidiam non adesse, hinc provocatio illa est suscipienda. Porro nec jus divinum revelatum juramenta prohibere, ab aliis jam demonstratum est.

Observ. CCCXXII.

Causa efficiens proxima est lit. C.) Circa actum juris jurandi, consueta capita occurrunt, quæ tota tractatio, ratione substantiæ suæ, juris Gentium est, ac in Jurisprudentia Universali locum suum quoque habet, hinc breviter eam perstringemus. Juramentorum (1) *finis* est, ut homines ita adigantur ad dicendam veritatem & servanda promissa, ex quo apparet, juramentorum usum ob humanam malitiam invaluisse; (2) fiunt illa *voluntate vera & seria*, quæ liquidam totius negotii cognitionem præsupponit, ac

proprio motu se ad hoc determinavit *lit. C.* (3) à *personis habilibus*, quæ negotium intelligunt, nec de mendacio, perfidia aut perjurio sunt suspectæ *lit. S.* aliàs vel perjurium vel jusjurandum inconsideratum & temerarium adest; (4) super *assertione vera* & *promissione licita*, *seria ac possibili lit. O.* Illorum autem (5) *forma* est vel *essentialis*, quæ in consulta reverentique vindictæ divinæ provocatione consistit, vel *accidentalis*, quam libertas & lex positiva determinat *lit. R. R.* Denique (6) *effectus* est *veritatis præsumtio* & *promissorum confirmatio lit. E.* quæ tamen non aliter sequitur, quam præsupposita materia habili. Tandem (7) *contraria lit. C.* videntur esse triplicis generis. Quædam enim *juramentum fieri impediunt*, nempe defectus potestatis & voluntatis, si prohibitio, impossibilitas, imprudentia, error, dolus aut metus adsint, quædam *legitime factum tollunt*, ut remissio, quæ ad promissoria saltem pertinet, quædam *in ejus locum succedunt*, nempe juramentum temerarium ac inconsideratum, nec non perjurium, hoc est *provocatio vindictæ divinæ*, *sub conditione*, *si mentiamur aut fallamus*, *facta*, *ubi tamen mentimur aut fallere volumus.* Conditio illa an adsit vel desit, soli Deo, dum vindicta ejus provocatur, notum est, hinc etiam, si quid *asseratur*, homines latet, juramentum an perjurium subsit, si vero *promittatur*, tum indoles actus olim suscepti ex postfacto apparet.

2. De *officio* jurantium, quod *AUTOR* hinc inde inspersit, etiam nonnulla magis exacte dicenda sunt. Quo autem recte id intelligatur, observandum est, quod juramentum duplici modo spectari

queat,

queat, vel ut est *actus hominis erga Deum*, qui respectus est perpetuus, & inde fluit *officium generale*, quod præcepta divina de Deo colendo ac speciatim religionis christianæ placita dirigunt, vel ut est *instrumentum expediendorum negotiorum in vita civili*, tum sæpe quæritur, an quis juramentum præstare debeat, an vero ab ejus præstatione sit immunis? hinc oritur *officium speciale*, cujus norma sunt præcepta socialitatis ac philautiæ, nec non leges humanæ.

3. Officium generale est (1) *antecedens*, ubi quæritur, an jurare licitum sit? de quo jam diximus *obs. prac.* Temere tamen neque juramentum præstandum, neque poscendum, contra quod in vita civili, sub pietatis specie, graviter sæpe peccatur, dum ad impedienda delicta maximè inolita jusjurandum promissorium exigitur, atque ita ipsis perjurium additur; (2) *Concomitans*, nimirum per Deum jurandum est, cum reverentia & pietate juramentum præstandum, ac inprimis cavendum, ne sub specie juramenti pejeremus. Præterea jus humanum exigere solet, ut jusjurandum immediate ac cum certis solennibus præstetur. (3) *Consequens*, nempe præstito juramento, miraculum haut est expectandum, aut alio modo superstitioni indulgendum. Præterea quod juratum est, servari debet.

OBSERV. CCCXXIII.

Juramentum dividitur) Quatenus jusjurandum est in vita civili instrumentum negotiorum expediendorum, eatenus magna ejus est varietas, quam *AUTOR* hic per varias divisiones non malè explicat; Uti autem circa singulas species officium *generale* Deumque respiciens præsupponitur, ita insuper

speciale quoad necessitatem præstandi occurrit. Et aliquando quidem merum jus naturale juramentum deferri vetat, aliquando id præstari jubet, aliquando ejus usum permittit, præterea nonnunquam ex conventione ad jurandum quis obligatur, sæpe autem lex civilis jurandi necessitatem imponit ac modum definit, prout circa singulas species solers harum rerum indagator veram necessitatis causam facile inveniet, ut quoad singulas eam annotare opus non sit.

OBSERV. CCCXXIV.

Excipiuntur autem Parentes & Patroni obss. l. 34. §. 4. h. t.) Communiter emendetur hic textus, ut pro *neque* legatur *aeque*, quam lectionem in Pandectis Noricis occurrere *PACII* testimonio asserunt, *vid. MARTIN ad Ordin. Proc. Saxon. tit. 18. §. 6. n. 13. seq. ad BACHOV. ad Tr. V. 1. Disp. 21. thes. 4. lit. C.* Sed est illa emendatio satis dura & longius petita, cum altero loco, pro *neque* sit *aeque*, altero autem pro *neque* legendum *ac*, inter quæ sane magna est disparitas, ut non appareat, quomodo illa sint permutata. Probabilior videtur emendatio, si verba: *de calumnia*, ab imperita manu infracta adeoque omittenda esse dicas, hoc enim facto sermo erit de juramento principali. Potuit autem illa corruptio facile accidere. Locutus erat *JCTUS* in præcedentibus de utroque juramento: *Qui jusjurandum defert, prior de calumnia debet jurare, si hoc exigatur: deinde sic ei jurabitur.* Pergit: Hoc *jusjurandum* (nempe principale, de quo verba immediate præcedentia agunt,) *neque patrono neque parentibus remittitur*, ut idem docere voluisse videatur, quod totidem fere verbis proponit *PAULUS in l. 14. h. t.* sed glos-

glossator aliquis ista legens existimavit, pertinere ultima verba ad jusjurandum calumniæ, de quo etiam in præcedentibus sermo fuerat, ac infracto suo glossemate, totam sententiam pervertit.

OBSERV. CCCXXV.

Neque defertur stuprum confesso ratione promissi matrimonii) Delatio juramenti purgatorii communibus æquitatis regulis dirigitur, hinc nemini deferri debet, nisi contra quem indicia quædam militant. Interim horum æstimatio non semper satis est expedita. Sic quæritur: *an ex stupri confessione, oriatur præsumtio promissi matrimonii, adeo ut confessus juramento hanc elidere debeat?* Quod *AUTOR* recte negat, quæ sententia uti in *DECIS. SAXON. 81.* probata, ita à nobis *in specim. Jur. Eccles. l. 5. c. 5. §. 13. seqq.* contra objectiones dissentientium pluribus confirmata est.

OBSERV. CCCXXVI.

Expensæ autem ipsi non etiam adjudicantur) Qui juramentum purgatorium præstitit, adversario quidem impensas suas reddere non tenetur, sed an illas, quas ipse fecit, recuperare possit, quæritur? *AUTOR* hoc negat, sed apud *CARPZOV. p. 1. C. 22. D. 17.* in causa civili juranti impensæ à Scabinis sunt adjudicatæ. Regulariter sententia prior obtinebit, nam damnum, quod jurans patitur, fortuitum, non voluntarium est, hinc ab altero ejus pensationem exigere nequit. Quodsi probare queat, indicia, quæ juramento elidere debuit, adversarii dolo esse excitata, tum ab hoc impensas merito recuperabit. In genere caveant illi, quibus inquisitio intenditur, & qui se innocentes norunt, ne pro abolenda forte litis molestia,

lestia, purgatorium præstent, nam sic impensas ferre debebunt, à quibus innocentia, ultro & sine juramento tandem apparens, eos reddit immunes.

Observ. CCCXXVII.

Voluntarium) Jusjurandum voluntarium nihil aliud est, quam conditio conventioni vel obligatoriæ vel liberatoriæ adjecta, hinc sicut alias conditio pacta perficit, si existat, perimit vero, si deficiat, ita à jurejurando etiam vis omnis conventionis hic dependet. Ex quo etiam liquet, quod ex generalibus conventionum conditionalium principiis, tota hæc res dijudicanda, adeoque Romanis nihil hoc nomine tribuendum sit.

Observ. CCCXXVIII.

Delatum & susceptum omnino præstandum) Nempe juxta indolem conditionum potestativarum, quas aliquis vel implere, vel lucro sperato carere debet, sic etiam hoc loco præcise non est jurandum, sed vel hoc agendum, vel omissa conditione, à conventione discedendum. Ex eodem fundamento etiam cætera, quæ mox *AUTOR* subjicit, intelligenda; Potest scil. jusjurandum *remitti*, quia sic promissor conditionem in sui præjudicium pro impleta habet, sed non *revocari*, quia à conditionali conventione unus, altero invito, recedere nequit, nec videtur admittenda limitatio: *nisi novæ probationes supervenerint*, nam conventio hæc, animo transigendi, non ob defectum probationis (ut delatio juramenti judicialis, de qua *cit. l. 11. C. h. t.* agit) initur.

Observ. CCCXXIX.

Non negativè lit. O.) Fluit hæc assertio ex falsa hypothesi, quæ communiter fovetur, quasi scilicet vin-

vinculum sponsaliorum non subsit privato arbitrio, quæ solum in favorem judicii Ecclesiastici videtur introducta, nam alias idonea ratione probari nequit, quod sponsalia mutuo dissensu solvi nequeant.

OBSERV. CCCXXX.

Quod in specie vocatur judiciale) Pertinet hoc jusjurandum ad species probationis, & possunt circa illud tria spectari: (1) *delatio*, (2) *susceptio*, & (3) *præstatio*. Quoad *delationem* observandum, ne quis contra æquitatem eâdem oneretur, ut si is, qui præsumtione munitur, jurare cogeretur. *Facultas deferendi* ex generalibus fluit principiis, modus autem ex libertate & lege positiva dependet, ubi quidem magis ad leges processuales cujusvis territorii, quam Romanas erit respiciendum.

OBSERV. CCCXXXI.

Aut perjurus) Imo potius perjurus deferre juramentum non poterit, nam relationis impedimentum non statim quidem impedit delationem, si illud scilicet sine culpa deferentis adsit, ast si ex hujus delicto fluat, omnino delationi obstare videtur, cum absurdum videatur, ut quis suo delicto alteri electionem auferre queat. Accedit, quod perjurus ad calumniæ juramentum non admittatur, sine hoc autem delatio est inefficax.

OBSERV. CCCXXXII.

In causis matrimonialibus idem est, quod in juramento voluntario lit. O.) Adeoque affirmative, sive pro matrimonio, non vero negative, seu contra illud deferri potest. Ita vulgo! Sed fœminam ratione concubitus & promissi matrimonii negative juramentum deferre posse, ita ut utroque respectu illud

præstandum sit, pluribus rationibus defendit *Dn. BERGER in resolut. b.* Ego autem ulterius progressus sum, ac generaliter forte probavi, quod intuitu sponsaliorum validorum, negative juramentum deferri queat *in specim. Jur. Eccles. l. 5. c. 5. §. 3. seqq.* Quoad causas injuriarum, quarum etiam *AUTOR lit. O.* meminit, *add. DECIS. SAXON. 17.* De criminalibus verò quærere, vix operæ pretium est, cum accusationes privatorum fere exulent, adeoque usus juramenti judicialis occurrere nequeat.

OBSERV. CCCXXXIII.

Delatum non potest recusari lit. E.) Postea *susceptio* spectari potest. Et necessitas quidem suscipiendi juramentum delatum est ex jure positivo, quod tamen non simpliciter obligat, nam juramentum illegitimum vel frustraneum non desiderat, præterea ad conservandam utriusque partis æqualitatem, deferens de calumnia jurare debet, denique & illi ipsi, cui delatum, electio aliqua conceditur, hinc in universum sic dici potest: Aliquando juramentum *delatum recusari potest*, quo spectat doctrina *n. 1. 2. 3. 4. 5. 7. aliquando non potest*, tum vel conscientia probationibus defendenda, vel juramentum referendum, vel suscipiendum, quæ omnia lex positiva potissimum dirigit, & magis hic valent leges processuales cujusvis regionis, quam jus civile, *conf. ORD. PROC. SAXON. tit. 18 §. 2. 9. DECIS. SAXON. 18. 19.*

OBSERV. CCCXXXIV.

Et in Saxonia etiam de calumnia jurare) Quod deferens & juramentum calumniæ, & relatum, simul præstare debeat, illud rationem non adeo habet, licet

sic

ſic putet *CARPZOV. d. l.* nam illud in hoc virtualiter continetur, qui enim jurare poteſt, adverſarium ſibi aliquid debere, is eo ipſo utique ſatis oſtendit, quod non malitioſe ab eo exegerit juramentum, quod nihil debeat. Meritò igitur iſte juramentorum abuſus tollendus eſſet.

OBSERV. CCCXXXV.

Neque innocentiam aliter probare) Nec hæc aſſertio eſt ſatis certa, cum enim deferens ob novas probationes, juramentum delatum revocare queat, *l. 11. C. h. t.* cur non etiam poſſit iis uti, quando per relationem ad ejus arbitrium probatio rediit? Non juvant ſententiam *AUTORIS* textus citati, nec enim abſolutam jurandi neceſſitatem deferenti imponunt, ſed ipſum ſine cauſa non poſſe juramentum recuſare, ac de relatione, velut re ſibi moleſta, queri, cum ipſe hoc probandi medium primus elegerit, ſaltem docent, quæ facultatem, probationibus conſcientiam defendendi, non excludunt. Interim ſententia illa in Saxonia eſt recepta, *CARPZOV. d. p. 1. C. 14. D. 4.*

OBSERV. CCCXXXVI.

Sed præſtari debet in continenti) Poſt ſuſceptionem ſequi debet *præſtatio*, cujus modum leges poſitivæ iterum definiunt nec non præſtiti vel remiſſi effectum amplius determinant, quæ omnia primariò, ex ordinationibus judiciorum peculiaribus, petenda ſunt. Quando autem moritur ante præſtationem is, cui juramentum delatum, hoc ideò pro præſtito non erit habendum, quod abſque conſenſu deferentis, talis interpretatio regulariter non ſit facienda. Nec oberit, *quod hoc admiſſo, quis in peccato mortuus cenſeri debeat*, id enim neutiquam admittendum, nam eſto,

quod

quod quis se ad jurandum obtulerit, cum probe sciret, se jurare non posse, potuit tamen, sicut cæterorum, ita & hujus peccati, remissionem obtinere, atque ita bene mori, ut amovendo dubio illi non opus sit recurrere ad inhumanum illud dicterium: *non omnis moriens est Johannes Evangelista.* Interim contraria sententia, quod nimirum juramentum pro præstito habeatur, non plane iniqua est, & in Saxonicis Judiciis observatur.

OBSERV. CCCXXXVII.

Dicitur necessarium) Juramentum suppletorium Judex ob æquitatem deferre debet, nam eo omisso altera pars læderetur. Ita confirmavit lex civilis *lit. C.* nec obstat *l. 31. h. t.* nam consuetudo necessitatem & obligationem non tollit, quod *debemus*, meritò etiam *solemus* facere. Ut tamen memorata Judicis obligatio se exserat, termini habiles ponendi sunt, de quibus *lit. O.* Porro æquitas exigit, ut de *veritate* juretur *lit. S.* durum enim nimis foret, ab alterius opinione jurata litis eventum suspendere, quodsi autem adversarii consensus accedat, tum induit naturam juramenti judicialis. Ex eodem fundamento fluit, ne in caussis gravioribus suppletorium admittatur, licet consueta requisita adsint, aut quod in criminalibus ejus usus plane cesset *lit. O.* de quo tamen hodie non valde laborandum, cum accusationes privatæ non sint in usu. Is porro, cui juramentum delatum, aut debet jurare, aut adversario cedere *lit. E.* quod ex imperio civili fluit, referre autem juramentum nequit, nec obstat *l. 12. §. 1. C. h. t.* propositio enim, quæ nimis generaliter ibidem relationē asserit, ad juramentum judiciale debet restringi, talia enim sunt prædicata,

ta, qualia permittuntur esse à suis subjectis, ceu vulgatus habet canon.

OBSERV. CCCXXXVIII.

Vel etiam retractatur & causa ex integro agitur propter instrumenta noviter reperta) Ergo etiam post rem judicatam, de novo causa agitari potest, quod expressius adhuc *AUTOR* docet *infra de re judic. lit. E. n. 3.* Ratio est, quia sententia non absolutè obtinet, sed potius eatenus saltem causam decidit, quatenus à jurejurando suppletorio dependet, hinc juri, ex ordinariis probationibus venienti, hactenus non est præjudicatum, ut eadem hic subsit ratio, ac si quis ex certa causa conventus, absolutus sit, quem ex alia causa denuo convenire licet. Et est quoque juramenti judicialis ac suppletorii dispar ratio, illud enim consensu partium, animo transigendi, ac absque conditione deficientis probationis, defertur, hinc sententiâ secutâ, lis penitus tollitur, hoc vero, sine consensu partium, unice ob defectum probationis injungitur, adeoque litem non penitus, sed juxta mensuram eorum, quæ hactenus sunt acta, sententia secuta saltem tollit.

OBSERV. CCCXXXIX.

Quale est juramentum calumniæ generale) Usus hujus juramenti unice est à lege positiva, hinc omnia, quæ hic proponuntur, ejus sensum respiciunt. Existimavit scilicet lex civilis, temeritatem litigantium posse impediri, si tam Partes, quam Earum Advocati, quoad singulos Processus, de credulitate, quod nimirum bonam causam se habere existiment, jurarent, ac eodem etiam juramento, bona fide se singula processus capita esse tractaturos, promitterent. Enimvero

vero uti optandum esset, quo litigantium temeritas cessaret, ita obtinendo illi fini juramentum non sufficit, hinc medium inhabile frustra adhibetur: Posset sane litigandi pruritus mediis efficacioribus reprimi, nisi litis ambages in quæstum multis cederent. Et cum hæc ratio status apud Romanos quoque obtinuerit, hinc juramentum calumniæ solum in speciem videtur fuisse exactum, ut, cum nihil magis, quam litium multitudinem desiderarent, incautis tamen hoc fuco contrarium persuaderetur. Hinc in Saxonia meritò hoc juramentum non tam est abrogatum, ut *AUTOR* docet, quam potius nunquam admissum, & insulsa est epicrisis *GOEDENI* apud *CARPZOV. p. 1. C. 12. D. 21. consuetudinem hanc diabolicam* vocantis, cum potius imprudens sit pietas, quæ delictum delicto addit. Licet vero *AUTOR*, excepta Saxonia, ubique hoc jusjurandum in usu esse dicat, est tamen assertio illa temeraria, nec adeo statim admittenda, nam in Belgio & foro Magdeburgico idem quoque exulare testatur *MARTIN ad O. P. S. tit. 34. §. 1. n. 2.* Interim in Saxonia simile fere juramentum hodie obtinet juxta *DECIS. SAXON. 70.*

TIT. III.

DE IN LITEM JURANDO.

OBSERV. CCCXL.

H*Ic est juramentum*) Jusjurandum in litem est species probationis, qua rei pretium, vel juxta opinionem communem, vel propriam ostenditur. Requirit adeo illud æquitas naturalis, quatenus sine eo, de rei æstimatione constare, ac læso satis fieri nequit.

Quan-

Quando verò res ipsa haberi potest, & tamen ad coercendum dolum rei, jusjurandum hoc admittitur, tum ejus usus à jure civili dependet, quod amplius etiam definit, utrum de veritate, an affectu jurandum sit, prout illa conjunctim hic explicantur.

2. Exinde etiam usus intelligi potest, nam quatenus juxta processum antiquum, ad coërcendam contumaciam rei non restituentis, juramentum hoc præstabatur, eatenus usum non habet, cum potius sententia semel lata executioni detur, ac adeo res reo auferatur actorique adjudicetur. Quodsi verò res perierit, tum æstimatio jurejurando hoc adhuc hodie definitur, hinc v. gr. in casu rei depositæ, commodatæ similisve deperditæ, vel quando ex recepto agitur, ac culpa aliqua Cauponis concurrit, usum illud habet. Respiciendum porro est, utrum dolo vel culpa perierit res, nam hoc casu verum rei pretium, illo verò affectionis læso volenti erit præstandum, nam alias plenam damni restitutionem non obtinet, & indignum foret ab alio, ludibrio haberi, ac rebus gratissimis ejus petulantia privari, restituta saltem æstimatione simplici, ac longe infra rem amissam, ex nostro quidem affectu, subsistente. Interim hæc absolute lex naturalis non postulat, sed positâ læsi voluntate, sicut igitur hæc rem in alium statum deducere potest, ita lex positiva idem facere potest & solet, regulariter tamen pro juramento affectionis, in casu doli commissi, erit pronunciandum.

Observ. CCCXLI.

Hæc differentia inter actiones bonæ fidei & stricti juris, directas & contrarias, hic hodie non est sublata) Sed forte etiam nunquam admissa! est enim hoc di-

crimen mere Romanum ac per subtilitates processus antiqui introductum, hinc probabiliter cum ipso processu nunquam receptum est, cum mero jure naturali dolus in omnibus actionibus ejusdem sit efficaciæ, Germani autem hoc apicibus juris Romani prætulisse videantur, cum idem Eorum affectus circa alia juris Romani capita, v. gr. pacta & stipulationes, appareat. Et licet *CARPZOVIUS* nobis consentiens, in allegatione Autorum, non recte versatus sit, quod ei *AUTOR* hic opponit, id tamen alicujus erit efficaciæ, quod *d. P. 1. C. 23. D. 19. n. 9.* se non meminisse *hanc differentiam in praxi multum attendi* testetur, nam ex illo Nonusu patet, concurrentibus rationibus modo datis, quod dispositio Romana non sit recepta.

OBSERV. CCCXLII.

Simile huic juramento est Zenonianum) Hoc cæteraq; hic allata juramenta itidem ad probationem pertinent, nec iniquum est, quod vel læsus suo jurejurando rem determinet, vel delinquens jurare cogatur, cum suo delicto utrique ansam præbuerit. De cætero, deficientibus aliis probationibus, etiam lex naturalis jubet, ut ad eruendam veritatem illis mediis utamur, ut hactenus lex positiva illa saltem confirmaverit.

TIT. IV.
DE CONDICTIONE CAUSA DATA, CAUSA NON SECUTA.

OBSERV. CCCXLIII.

Condictio causa data, causa non secuta) Expenditur sub hoc nomine status negotiorum bilateralium, vel

vel non procedentium, vel saltem nondum impletorum ac consummatorum, adeoque substantia hujus materiæ est juris Gentium. Romani autem partim communia & naturalia probarunt, partim ab iis discesserunt, ceu ex sequentibus apparebit.

OBSERV. CCCXLIV.

Oritur ex obligatione, ex quasi-contractu) Hoc figmentum est mere Romanum, nam ut rem possis repetere ob *cessationem alterius*, hoc ex consensu, non ficto, sed tacito est, utique enim, si rem des ob causam, hoc agitur tacitè, ut hac non secuta, illam tibi repetere liceat, si lege positiva aliud non constituatur. Quod autem ob *pœnitentiam* dantis, res possit repeti, id unice est ex jure Romano, hinc ex hujus sanctione, non ex aliquo quasi-contractu, facultas est repetenda.

OBSERV. CCCXLV.

Licet hoc ipsum expresse inter partes actum fuerit) Nam expressio ejus, quod tacitè inest, non mutat naturam actus, ita ex mente *AUTORIS!* Sed mutat tamen illud, cui opponitur, nam si id, quod tacitè aliàs inerat, exprimatur, hoc sane amplius tacitum dici nequit, utut quoad obligationem nihil intersit! Verum vix operæ pretium est, de his tricis contendere, eo tamen fine ista observasse, utile erit, ut constet, quam vanis quæstionibus studium juris vexari soleat.

OBSERV. CCCXLVI.

Requiritur igitur) In genere condictio c. d. c. n. f. præsupponit negotia bilateralia, in quibus vel ab utraque parte æque principalis debet fieri præstatio, vel ubi principalis non aliter fit, quam si ab altero

itidem per modum conditionis seu causæ sine qua non, aliquid fiat. Præcipue autem Romani hanc condictionem, intuitu Contractuum innominatorum, qui à datione incipiunt, considerarunt, quo etiam respicit *AUTOR*, ut tamen nonnunquam ad alia etiam negotia, v. gr. dationem dotis *lit. R. n. 2.* solutionem falso procuratori factam *lit. P.* dilabatur.

OBSERV. CCCXLVII.

Hinc venditor rem venditam & emtori traditam, hac actione repetere haut potest lit. R. n. 2.) Sed hoc ex præmissis malè infertur, nam *obligatio* Venditoris perperam pro *causa* habetur, cum potius *solutio pretii ab emtore facienda*, rationem *causa* habeat, quæ utique adhuc *futura* est, ut eadem omnino hic adsint requisita, quæ in contractibus innominatis occurrunt, & aliàs si quis argutari vellet, nec in his condictio locum haberet, cum v. gr. permutans minimum ex obligatione naturali ad dandum teneatur, adeoque ex *causa præterita* dedisse dici queat. Quodsi igitur inter contractus nominatos & innominatos aliquid discriminis, quoad usum condictionis nostræ, est, id omne à lege civili debet deduci. Verum si accuratius rem expendas, vel nullum, vel certe non magnum discrimen subesse videtur. Nam ita quidem est; venditor rem traditam ab emtore repetere nequit, sed hoc ratione tertii videtur intelligendum, ut nimirum repetitio cesset, si vel in tertium sit translata res, vel concursus creditorum circa bona emtoris existat. Hoc autem respectu in contractibus etiam innominatis repetitio cessat, *l. 4. C. de rer. permut.* ceu ipse *AUTOR lit. P.* fatetur. Quodsi autem emtor rem adhuc habeat, nec pro-

promissionem impleat, tum perinde ab eo res data repeti posse videtur, atque illa ab eo, qui ex contractu innominato eam accepit, repetitur, nisi forte hoc discriminis adhuc asserere velis, in contractibus innominatis dantem habere electionem, utrum alterum ad contractum implendum adigere, an datum repetere velit, in nominatis vero, prius ei esse agendum, repetitionem autem saltem in subsidium competere: Quamvis illam differentiam non facilè admiserim, nam nihil æquius est, quam ut, uno fidem non servante, alteri quoque, si ita placeat, facultas recedendi detur, inprimis autem hoc verum erit in contractibus, ubi alter aliquid facere debuit, v. gr. in locatione conductione, nam altero operas non præstante, merces data utique erit repetenda. Plane illa differentia, quod in innominatis ob pœnitentiam res repetatur, in nominatis non item, de jure civili certa est.

OBSERV. CCCXLVIII.

Ob cessationem accipientis) Ob hanc *naturaliter* competit repetitio, quia dans non aliter dedit, quam ea lege, ut accipiens aliquid vicissim præstaret, hoc ergo cessante, repetitio locum habet. Exceptio est, nisi dans simpliciter dederit, tum enim cessabit repetitio, animus autem dantis, ex circumstantiis erit colligendus, de quo *AUTOR b.* qui tamen dationem ob turpem causam, ad hunc locum non recte retulit.

OBSERV. CCCXLIX.

Nisi res simpliciter data sit ob rem sine conventione) Componit *AUTOR* hic *l. 5. §. 1. de P. V.* cum *l. fin. h. t.* Nimirum dedi tibi scyphos, ut mihi servum dares.

Periit hic casu, quæritur, an rem datam repetere queam? negat hoc *l. 5. §. 1. de P. V.* & merito, quia enim rem, quam perire posse non ignorabam, pro mea comparare volui, utique post dationem, res illa est meo periculo, perinde sicut se res habet in emtione venditione, ubi periculum rei venditæ, venditione perfecta, ad emtorem spectat. E contrario affirmat *l. fin. h. t.* sed recte ait *AUTOR*, rem hic esse datam sine conventione; Scilicet desiderabat quis pro sua re, rem alterius; Spe futuræ conventionis, per anticipationem, statim rem suam præstat, altero super conventione ineunda adhuc deliberante. Interim res, quam dans optabat, periit, res data igitur repeti potest, quia accipiens voluntatem dantis, seu conventionem oblatam, hactenus nondum acceptavit, nec nunc in ejus præjudicium, nimis serò acceptare potest. Ex quo liquet repetitionem etiam locum fuisse habituram, licet negotium emtionis subfuisset. Hæc responsio vel conciliatio utique melior est altera illâ, quâ repetitio, ob *cessationem* accipientis, negatur, sed, ob *pœnitentiam* dantis, asseritur, nam hæc mera est cavillatio, cum verba cum effectu sint accipienda; præterea id probari nequit, quod pœnitentia, etiam post rem promissam casu sublatam, locum habeat. Quoad alia *ad d. l. fin. h. t.* pertinentia, conf. *HUBER. Enunom. h.*

Observ. CCCL.

Si causa consistit in faciendo lit. K.) Quoad hanc, *AUTORIS* distinctio non est satis perspicua; malim distinguere, utrum *simpliciter opera utilis sit promissa*, v. gr. Capuam ire, tum causa non secuta, locum habet

bet repetitio, perinde sicut in locatione conductione, operis casu non præstitis, merces vel non solvitur, vel soluta repetitur; an *opera certum aliquod respiciat objectum*, v. gr. servum manumittere, hoc casu, servo extincto, repetitio cessat, fuit enim causa *mixta* & quodammodo *dandi*, hinc obtinet id, quod *observ. prec.* diximus.

OBSERV. CCCLI.

An verò ob pœnitentiam dantis) Hoc unice ex jure civili est, quod hac in parte, ab æquitate & simplicitate naturali, enormiter descivit. De cætero facultas pœnitendi non pertinet ad omnia negotia, in quibus condictioni nostræ locus est, sed saltem ad contractus innominatos, hinc si v. gr. legatum præstitum sit, ut aliquid fiat, hæres ex pœnitentia illud repetere nequit. Hodie pœnitentia, & inde movenda condictio, penitus exulat, nam negotia, quæ apud Romanos, post unius præstationem, ut contractus innominati valebant, apud nos ante aliquam præstationem, ex solo consensu, ut alia negotia consensualia, valent, de quo amplius in loco proprio dicemus. Tantum itaque condictio, ob cessationem accipientis, hodie obtinet, juxta ea, quæ *observ. 347. 348. 349. 350.* diximus.

TIT. V.

DE CONDICTIONE OB TURPEM VEL INJUSTAM CAUSAM.

OBSERV. CCCLII.

O*Ritur ex obligatione, ex quasi-contractu lit. C.*) Cur non potius ex delicto obligatio repetitur? Hæc

 sane

ſane explicatio magis perſpicua eſt, & aliàs figmentum quaſi-contractus ad omnes obligationes, transferri poteſt. Quicquid ſit, illud certum eſt, quod accipiens *naturaliter* obligetur, juxta requiſita hic memorata, ad rem reſtituendam, & quod hactenus Romanis ſaltem confirmatio debeatur.

Observ. CCCLIII.

Hæc ſi concurrant, etiamſi dominium ſit translatum) Hæc translatio, ſi adeſt, non ex lege naturali, ſed civili dependet, videturque reſtringenda ad eum caſum, ubi res accepta in tertium eſt translata, ut huic auferri nequeat, nam ſi accipiens rem adhuc habeat, dominii nullus comparet effectus, quia ad eam reddendam eſt obligatus. Videtur etiam illa diſpoſitio civilis, quodammodo iniqua, ac per tricas fori Romani, juxta quas *nemo rem ſuam, niſi furi condicebat*, introducta, nam alias æquitati magis eſt conſentaneum, ut is, qui rem ſuam alterius delicto amiſit, à quovis eam vindicare queat.

Observ. CCCLIV.

Melior eſt conditio poſſidentis & datum hac conditione non repetitur) Hoc quoque juris civilis eſt, nam mero jure naturali, repetitio locum habet, licet utriusque ſubſit turpitudo, eſto enim, quod dans etiam peccet, ſufficit tamen, quod res ipſius fuerit, & quod accipiens titulum retinendi idoneum non habeat, nam ex eo repetitio neceſſariò fluit. Non obſtat, *quod dantis turpitudo pœnam mereatur*, nam hanc debet Publico, exinde accipiens nullum jus conſequitur, accedit quod pœna delicto debeat eſſe attemperata, hinc non ſtatim amiſſione rei inconſulta puniri debet. Sanctio juris civilis eſt quodammodo ab-

absurda, nam juxta eam alter delinquens damnum, alter lucrum sentit. Evitandæ absurditati vulgo huic quoque lucrum auferendum esse volunt, sed ut illa sententia nondum est extra controversiam posita, ita ea admissa, aliud incommodum restat, quod dans ultra meritum sæpe coërceatur. Fac juvenem incautum ac Veneris œstro percitum, meretrici callidæ, aut Studiosum novitium, Veterano, secundis partibus agendis vacare solito, quo sibi in duello assisteret, cum summo rei familiaris detrimento, magnam pecuniæ summam solvisse, nimis certe durum fuerit, illius & hujus delictum tam gravi jactura coërcere, cum satius sit, danti suum reddere ac utrumque pro ratione admissi punire.

OBSERV. CCCLV.

Si justus metus intervenerit, actio quod metus causa competat) Nam hoc casu nulla dantis, sed solius accipientis, subest turpitudo. Turpe quidem est furari vel adulterium committere, ast si deprehensus vi injusta & vera adigatur ad aliquid solvendum, hactenus nulla ejus turpitudo occurrit, sed is alterius delictum saltem patitur.

OBSERV. CCCLVI.

Ipso jure nulla est promissio) Sollicitudo, cui hic *AUTOR* cum aliis interpretibus indulget, hodie est otiosa, quia quoad processum, nihil interest, utrum actionem ipso jure non competere, an exceptione eam excludi dicas. Quare hodie ita se res habet; si de actionis turpitudine statim judici constet, merito processus negatur, ac actor potius punitur, si vero illa non statim appareat, processus utique est permittendus, non quasi hoc casu promissio ipso jure va-

leat, sed quia factum est hactenus illiquidum, adeoque de veritate obligationis judicari nequit, sed hactenus judicium est suspendendum.

OBSERV. CCCLVII.

Sed sine usuris) Hodie vero accipientem ad usuras teneri, ob generalem æquitatis rationem, recte dicitur, quod in specie quoque ex *R. J. 1600. §.* So viel nun *139.* recte asserit *Dn. STRYCK in not. h. conf. Observat. 312.*

OBSERV. CCCLVIII.

Condictio ob injustam causam) Præsupponit etiam hæc actio *obligationem naturalem*, quod notasse satis est, nam de nomine actionis hodiè parum laborandum.

TIT. VI.
DE CONDICTIONE INDEBITI.

OBSERV. CCCLIX.

Condictio indebiti in specie ita dicta) Generaliter omnis condictio indebiti est, nam alteri res non debetur, hinc repeti potest. In specie verò illa hoc nomen gerit, quæ erroneam solutionem præsupponit. De cætero actio hæc *naturalis* est, & vel ex consensu tacito oritur, vel ex simplici æquitate dependet; Quasi-contractus hic necessario cum Romanis non est fingendus, multo minus cum *AUTORE lit. C.* ille asserendus, si verbis consensus exprimatur, quia hæc sibi contradicunt, *vid. Obser. 345.*

OBSERV. CCCLX.

Requiritur datio) Ut condictio locum habeat, *AUTOR*

TOR quatuor requirit, ſedentia præter neceſſitatem multiplicat, cum requiſitum *ſecundum* & *quartum* coincidant, quare ita dicendum; Ad condictionem requiritur, ut (1) detur (2) indebitum (3) per errorem tanquam indebitum.

OBSERV. CCCLXI.

Sive ex cauſa præterita & neceſſaria) Doctrinam, quam *n. 2.* proponit *AUTOR*, merito debuiſſet ſubjungere doctrinæ, *n. 4.* propoſitæ. Nimirum in ſolvente requiritur *error facti*, ceu *d. n. 4.* docetur, ſed non quemvis errorem facti ſufficere, amplius *d. n. 2.* oſtenditur, quæ doctrina adeo per modum limitationis alteri ſubjicienda. Diſtinxerunt quippe Romani, juxta ductum rectæ rationis, utrum quis per errorem ſupponat *cauſam in ſe neceſſariam ſ. efficacem*, v. gr. mutuum, emtionem ſimilemve, tum error facit locum repetitioni, an *voluntariam ſeu inefficacem*, quæ, licet vera eſſet, aliquem in foro civili efficaciter non obligaret, v. gr. ſi quis credat per errorem, ſe beneficium ab aliquo accepiſſe, adeoque ad antidora ei teneri: Hic error pro concomitante habetur, nec operatur repetitionem *l. 65. § 2. h. t.* Ratio diverſitatis à qualitate cauſæ dependet, cum enim cauſa neceſſaria, ſi adſit, efficaciter aliquem obliget, hinc error circa eam commiſſus potuit quem impellere, quo ſolvat, ne, prout juxta hunc errorem metuebat, ſi ſecus faciat, ab adverſario conveniatur. Aſt cauſa voluntaria, licet adſit, neminem efficaciter obligat, hinc probabile non eſt, quod, ſi quis eam per errorem ſupponat, ad ſolvendum iſta perſuaſione ſit permotus, ſed talis potius ſolutio ultro facta cenſetur ſeu pro voluntaria donatione habetur.

Atque hanc distinctionem *AUTOR lit. R. n. 2.* obscure satis tradidit, cujus adeo doctrinam brevi paraphrasi sic illustrare liceat; *Tanquam debitum, sive ex causa praterita & necessaria* (v. gr. mutuo) *alias* (si ex voluntaria solvat) *censetur voluisse donare.* (e. gr.) *Quod ex obligatione naturali imperfecta* (putativa seu per errorem supposita) *solvitur, tanquam indebitum non repetitur. Hinc* (exemplum speciale) *ex obligatione ad antidora datum, licet nullum praecesserit beneficium,* (adeoque obligatio illa saltem per errorem fuerit supposita, quod etiam unice hic spectatur) *hac tamen actione non repetitur.*

OBSERV. CCCLXII.

Requiritur ut solutum sit indebitum) Hoc requisitum maximam partem, juxta jus Romanum recte hic declaratur. Id tamen in genere observandum, hodie indebitum uniforme saltem esse statuendum, nam ut indebitum ratione *juris* & *hominis* distinguamus, nulla postulat necessitas, hoc enim est etiam indebitum juris. Porro *indebitum naturale* vel *civile tantum*, amplius hodie non occurrit, quia strictum jus, quod circa illud aliquam obligationem censebatur introduxisse, hodie est otiosum nomen, ceu experientia probat, obligatio verò naturalis perfecta, in foro nostro semper (excepta saltem obligatione filiifam. mutuum accipientis, nam hoc exemplum sub doctrina juris civilis remanet) etiam probatur, hinc indebitum civile evanescit. De caetero evidens est, quare posito *errore efficaci* & *vero indebito*, repetitio locum habeat, accipiens enim nullum retinendi jus habet, nec ei aliquid donatum, hinc, ne alium laedat, rem reddere tenetur. Nec minus perspicuum est,

cur

cur utroque illo requisito, vel altero saltem deficiente, repetitio cesset, si enim solvens debuit, accipiens solutum meritò retinet, & si vel maxime is errorem probet, non eo magis tamen rem repetere poterit, cum impediendæ repetitioni sufficiat obligatio. Vice versa si quidem nihil debuit, attamen sine errore efficaci solvit, accipiens rem, ut donatam, lucratur.

Observ. CCCLXIII.

Item in eo, qui injusta Judicis sententia est absolutus, manet naturalis obligatio, jure civili non simpliciter reprobata) Hinc si solvat absolutus per errorem facti, ob obligationem illam naturalem, solutum repetere nequit, quemadmodum contra illum, ob eandem rationem, etiam compensari potest, *vid. infr. de Compensat. lit. O. n.5.* Ita *AUTOR.* Sed sententiam illam falsam esse, & absolutum neque ad effectum retinendi, neque compensandi, naturaliter esse obligatum, plane existimo, nam (1) ob autoritatem rei judicatæ, in *l. 25. de stat. hom.* generaliter confirmatam, absolutus, licet injustè, ab omni obligatione liber existimari debet, maxime cum (2) injuste condemnatus pro vere & efficaciter obligato habeatur, quod *AUTOR* hic & *de Compensat. d. l.* agnoscit, nam sententiæ absolutoriæ non minor est autoritas, quam condemnatoriæ, si hæc obligationem efficacem operatur, illa eam tollit, nec facile quis discrimen hic solide probaverit. Nec obstant (3) *l. 60. pr. h. t.* & *l. 8. §. 1. rem rat. hab.* quam *infra de Compens. d. l.* *AUTOR* adjicit, nam *prior* loquitur de eo, qui manente adhuc judicio, & antequam ei constaret, qualis sententia sit secutura, solvit, ac adeo solvendo obligationem agnovit futuroque rei judicatæ beneficio quasi

renun-

renunciavit, dum in omnem eventum, five abſolvatur, five condemnetur, conſenſit perinde ac is, qui: *ſive navis ex Aſia venerit, ſive non venerit*, promiſit. Perperam igitur ex hoc caſu ſpeciali, generalis aſſertio quoad obligationem Abſoluti conficitur, nec captanda eſt ratio JCti: *Licet enim abſolutus ſit, natura tamen debitor permanet*, cum eam, juxta ſubſtratam materiam, intelligi recta ratio jubeat. Ejusdem fere ſenſus eſt etiam *poſterior*. Exegerat procurator à debitore, præſtita cautione rati, pecuniam, & quidem, ut videtur, extrajudicialiter, mox dominus de eadem pecunia agit & litem amittit. Debitor abſolutus ex cautione convenit Procuratorem, ſolutamque pecuniam repetit, (ſic enim vim præſtitæ cautionis acciperem) ſed dominus, procuratoris ſui defenſor, oppoſita doli exceptione debitorem repellit, quia naturale debitum manet. Ex his liquet, quod hic etiam caſus ſit ſpecialis, nam abſolutus debitor, jam olim ante abſolutionem, procuratori ſolverat, atque ita obligationem ſuam agnoverat, hinc generalis doctrina inde iterum male conficitur. Breviter: *Textus objecti loquuntur de debitore abſoluto, qui ſuo conſenſu & confeſſione vim rei judicatæ à ſe repulit, à quo ad ſimpliciter abſolutum male infertur.* Quodſi autem abſolutus ſponte & ſine errore ſolvat, in quod inclinat *Dn. STRYCK in not. b.* tum repetitio ceſſat, non ob *obligationem*, ſed *voluntatem* dantis, *vid. l. 28. h. t. ibique HUBER. in Eunom.* qui tamen Cenſoribus plus quam par eſt, indulget.

OBSERV. CCCLXIV.

Inde fidejuſſor omiſſa diviſionis exceptione) Sed hoc exemplum ad doctrinam præcedentem non pertinet,

fide-

fidejussor enim non tantum naturaliter, sed & civiliter, ad solidum creditori solvendum obligatur, Exceptio autem divisionis saltem ostendit, quod, si cautus sit & velit, ab illa obligatione, ex parte liberari queat, si igitur, neglecta illa exceptione, solvat, tum repetitio, creditoris intuitu, cessat, non ob obligationem naturalem tantum, sed & civilem.

OBSERV. CCCLXV.

Non obstante obligatione ad antidora, solutum repetet) Huic contrariari videtur, quod *n. 2.* docuit *AUTOR* in verbis: *hinc ex obligatione ad antidora datum, licet nullum praecesserit beneficium, hac tamen actione non repetitur.* Verum sunt casus plane diversi, supra egit *AUTOR* de *errore*, hic de *indebito*, ibi asseritur, quod, si quis per errorem se ad antidora obligatum putet ac solvat, repetere nequeat, quia error saltem est concomitans, hic vero contenditur, quod is, qui per errorem facti efficacem & habilem solvit, possit repetere, nec repetitionem impediat obligatio naturalis imperfecta, quae in solvente revera adsit.

OBSERV. CCCLXVI.

Sententia veterum & Bachovii) Ita sane est, quod illa sententia, quae in jure errantibus simpliciter hanc condictionem concedit, parum rationis habeat, nam error juris aliquando ita crassus est, ut pro scientia non possit non haberi, hinc minimùm ille indistincte cum errore facti comparari nequit. Accedunt plures textus, in quibus ob errorem juris, repetitio negatur, nec valet dissentientium exceptio, *in illis subfuisse quoque in solvente obligationem naturalem*, nam ita supponitur id, de quo quaeritur, cum illa obligatio natura-

turalis sit maximè controversa, imò melioribus rationibus negari, quam asseri queat. Præcipuum dissentientium fundamentum est in *l. 8. de jur. & fact. ignor.* ubi ait JCtus: *Caterum omnibus juris error in damnis amittenda rei sua non nocet.* Ad id elidendum, uti nolim distinguere inter *damnum rei amittenda* & *amissa*, cum hoc satis manifeste cavillatorium sit, ita responsio alia non deerit, nam nulla jubet necessitas, ut effatum illud ad *condictionem indebiti* referamus, cur non possit referri ad *confessionem*, prout *AUTOR tit.* de Confess. *lit. E. n. 5.* id accepit, aut ad *usucapionem*, eo sensu, errorem juris, quem possessor fovet, dominis non obesse seu non parere præscriptionem juxta *l. 4. eod.?* Imò, si quis fortius philosophari velit, is dixerit, JCtorum Romanorum autoritatem heic esse nullam, nisi cum oratione conveniat, quem enim effectum error juris, in impedienda repetitione habeat necne, id ex ejus indole judicandum, hanc igitur si non recte æstiment Romani, iis liberè contradici!

OBSERV. CCCLXVII.

Concurrentibus his quatuor requisitis, rei soluta dominium in accipientem transfertur) Hoc non *naturale*, cum sine consensu dominium naturaliter transire nequeat, sed *positivum* est, habetque effectum non tam ratione accipientis, utpote ad restitutionem simpliciter obligati, quam ratione Tertii, in quem res translata est. Si tamen accipiens insignem dolum commiserit, adeo ut condictione furtiva conveniri queat, ceu paulò ante admonuit *AUTOR*, tum translatio dominii simpliciter cessat.

OB-

Observ. CCCLXVIII.

Ratione probationis notandum) Tota hæc doctrina naturalis est, nam & æquitas probationem postulat, & simul, quis eam peragere debeat, ostendit, nam eum, qui vel contra se habet præsumtionem, vel, cum in neutram partem esset præsumtio, aliquid directe vel indirecte affirmat, probare debere, æquum est, atque ex eo fundamento omnes assertiones speciales hic fluunt. De eo quidem poterat dubitari, an probatio indebiti recte ab aliquo exigatur, cum videatur hæc esse probatio negativæ, quæ aliàs impossibilis esse solet. Verum poterit indebitum allegans, eo nomine alteri deferre juramentum, præterea negatio circumstantiis solet esse stipata, v. gr. si quis ex errore putet se hoc vel illo die, ab aliquo mutuum accepisse, aut ideo indebitum dicat, quod jam solverit, quæ circumstantiæ probari possunt.

Observ. CCCLXIX.

Quartum requisitum, error scilicet, regulariter etiam ab actore probandum dicitur) Recte; nam error facti est, & quidem ejusmodi, quod non facilè hominibus, rerum suarum satagentibus, accidere solet, quodsi autem solvens, talis sit persona, cui error non infrequenter obrepat, tum error præsumitur, adeoque alter animum donandi probare debet, id quod etiam perspicue traditur *d. l. 25. pr. §. 1. de probat.*

Observ. CCCLXX.

Datur autem adversus accipientes vel delegantes lit. P.) Positis requisitis, facile liquet, *cui*, adversus *quem*, & ad *quid* detur condictio indebiti, quæ *lit. S. P. Q.* amplius *AUTOR* persequitur. In specie datur

datur contra *delegantes*. Fac me creditori meo te delegasse, teque ex errore, quo mihi te obligatum putabas, id passum esse, ac creditori de novo promisisse, & vel ultro, vel ad actionem motam, solvisse, tum â creditore nihil poteris repetere, quia error ad delegationem non pertinuit, sed tu creditori pure promisisti, sine expressa conditione: *si mihi debeas*, unde ille rem promissam cum effectu exigere, vel solutam retinere potest, quia verò pro me indebitè passus es te delegari, hinc perinde, ac si mihi indebite solvisses, â me rem repetis.

OBSERV. CCCLXXI.

Cessat hæc condictio lit. C.) De hoc ex præcedentibus facile judicari potest. Nimirum ob duas causas in universum cessat condictio, vel si solvens *debuerit*, vel *donaverit*, quæ naturalia sunt, lex tamen positiva nonnunquam voluntatem authentice interpretatur, quod in casibus, de quibus *n. 2. 3. b.*, contingit. Sed in *n. 1.* voluntas donandi est satis manifesta, & consuetis interpretandi regulis intelligitur, quemadmodum etiam ex iis patet, quod condictio non cesset, *si quis promittat, quod soluti nomine nihil movere velit*, de quo *n. 3. b.*, nam illa promissio solum eo pertinet, quod ratione debiti, si quod revera subfuerit, nulla amplius lis deinceps esse debeat, non autem quod, si præter intentionem indebite quid sit solutum, id repeti nequeat.

OBSERV. CCCLXXII.

Neque ob renunciationem expressam) Sed mirum foret, si renunciatio condictionem non tolleret, cum tamen scientia eam excludat, utrobique autem eadem subsit ratio, nam qui scienter indebitum solvit, is & scit

ſcit indebitum, & illud donat, in renunciante verò voluntas præcedit, dum quis in eventum ſecuturæ ſcientiæ renunciat, ac ſcientia ſequitur, quæ diverſitas ordinis diverſum jus parere nequit. *Ex l. 19. de teſtam. inoffic.* quam *AUTOR* allegat, nullum argumentum idoneum pro ſententia contraria elici poteſt, cum ibi ſolum dicatur, quod adiens ex teſtamento, quod invalidum eſſe ignorat, ſucceſſioni legitimæ non cenſeatur renunciaſſe, quæ enim illa illatio: *Si aditio erronea renunciationem juris non involvit*, ergo *renunciatio expreſſe facta jus competens non tollit?* Ratio autem, quam addit *AUTOR*, quod hæc *renunciatio ex eodem errore, quo eſt ſolutio, procedat*, plane falſa eſt, quomodo enim renunciatio ex errore procederet, quæ diſertè erroris, qui ſubeſſe poterat, facit mentionem jurique inde competituro renunciat? Nec etiam hæc renunciatio pro doloſe elicita haberi poteſt, nec enim, ſicut ſpe futuræ numerationis, & chirographum dare, & exceptioni non numeratæ pecuniæ renunciamus, ita etiam & indebite ſolvere, & condictioni indebiti renunciare ſolemus, nihil enim eſt, quod nos ad hoc alliciat, hinc renunciatio pro maximè deliberata haberi debet. *add. Obſerv. 554.*

TIT. VII.
DE CONDICTIONE SINE CAUSA.

OBSERV. CCCLXXIII.

CONdictio ſine cauſa) Id æquitas manifeſtè poſtulat, ut dominus rem ſuam ab alio, licet cum eo non contraxerit, aut hic non deliquerit, petere poſ-

possit, ita quidem, ut dominium operose probare non debeat, sed hoc solum ei ostendendum sit, quod rem sine sua voluntate amiserit. Atque hanc æquitatem Romani agnoverunt, ac, data condictione sine causa, confirmarunt, quo nomine actionis adeo hodie uti possumus, neglectis cæteris tricis, quæ circa Ejus divisionem, & fundamentum occurrunt, cum nec illa, nec hoc indigeamus.

Lib. XIII. Tit. I.

DE CONDICTIONE FURTIVA.

Observ. CCCLXXIV.

Condictio furtiva) Fur obligatur ex delicto suo (1) ad *damnum sarciendum*, quod naturale est; (2) ad *pœnam*, quam lex positiva introducit. Ad explendam illam obligationem, datur condictio furtiva, quæ adeo naturalis est. Circa illam tamen tricæ quædam occurrunt, quales sunt (1) prædicatum condictionis irregularis *lit. D.* (2) divisio *sign.* †. ac (3) hinc orta, quoad ejus applicationem, sollicitudo *lit. S.* (4) quod actio hæc sit dativa *lit. C.*, quibus omnibus hodie facilè caremus.

Observ. CCCLXXV.

Ut commodatario lit. S.) Quoad hunc aliosque jure reali destitutos distinguendum, utrum sine *illorum culpa res ablata sit*, tum soli domino condictio competit, an *culpa eorum*, tum domino competit electio, velitne agere contra furem, an contra eos, qui ex contractu ipsi obligati sunt, si *illud* fecerit, suumque consecutus sit, tum hi & ratione Domini liberantur, quia eorum culpa inefficax fuit, & contra

fu-

furem agere nequeunt, si *hoc*, ac hi æstimationem præstiterint, tunc iis merito contra furem concedenda est condictio.

OBSERV. CCCLXXVI.

A quibus solvens nihil repetit lit. P.) Furtius pro hac sententia facit *l. 1. §. 14. de tutel. & ration.* sed nihilominus rationi magis videtur consentaneum, si furi solidum solventi, contra cæteros demus regressum, quia (1) plures correi simul ad summam unam, atque ita unusquisque pro rata tantum, tenentur. Ob compendium tamen creditoris, singuli elective integram summam exsolvere, atque ita partem suam præstare, ac pro sociis expendere debent, hinc si unus solidum solvat, utique id, quod pro alio expendit, repetere potest; (2) absurdum foret, si in pari delicto, unus damnum resarcire cogeretur, altero immuni, ac super malitia sua, in sinu velut gaudente. Ex quibus etiam satisfieri poterit dissentientibus, vel enim *d. l. 38. §. fin. de admin. & peric. tutor.* & *l. 1. §. 14. de tutel. & ration. distrah.* sunt accipiendæ de actione à læso concedenda, eo scilicet sensu, quod læsum exceptione faciendæ cessionis morari non deceat, vel liberiori philosophia, erroris JCti erunt insimulandi, nec enim hoc piaculum fuerit, cum legem positivam ibi non condant, sed potius circa effectum obligationis correalis explicandum occupentur, in quo si fallantur, libere iis contradici poterit. Rationes certe eorum non valde urgent. Dicunt (1) *solventem proprii delicti pœnam subire*, sed hoc falsum esse, accuratior obligationis correalis consideratio ostendit; obligantur quidem singuli correi elective ad solidum creditori exsolvendum, ast singuli solidum non

 de-

debent; (2) *nullam societatem maleficiorum, vel communicationem justam damni, ex maleficio esse.* Prava applicatio! turpe quidem est furari, hinc etiam ad rem furtivam communicandam nulla est obligatio, sed non est turpe, læso eo nomine satisfacere, in hoc igitur dum fur solvens alterius negotium licitum gerit, eum utique sibi ad partem restituendam obligat.

OBSERV. CCCLXXVII.

Etiamsi nihil ad illos ex delicto pervenerit & fur laqueo suffocatus fuerit) Quod hæredes furis regulariter in solidum teneantur, etiam ubi nihil ad eos pervenit, id naturale est, licet cum hypothesi Romanorum non conveniat, hinc etiam de horum sententia adhuc inter interpretes disputatur. An verò casu illo speciali, ubi fur laqueo est suffocatus, solida quoque rei furtivæ æstimatio præstanda sit, ejus decisio à voluntate Legislatoris, pœnam constituentis, dependet, si enim simpliciter pœnam exigat, tum æstimatio quoque peti poterit, si verò eam à privata satisfactione suspendat, adeò ut illâ secutâ, pœna capitalis cesset, tum hæc illam vice versa consumit, quæ sententia in Saxonia Electorali obtinet, *v. DECIS. SAXON. 86.* quamvis forte satius sit, pœnas ita temperare, ut à privato arbitrio illæ non dependeant.

OBSERV. CCCLXXIIX.

Contra successores singulares non datur hac actio) Ex furto sane, vel obligatione transmissa hi obligari nequeunt. Interim ob solam rei furtivæ possessionem, propria obligatione tenentur, ita quidem, ut dominum operose dominium rei suæ probare non oporteat, sed satis sit, eum possessionem reique amissio-

sio-

ſionem oſtendiſſe, atque eo nomine contra poſſeſſores comparata eſt *condictio ſine cauſa*, de qua *obſtans* *§. 26. J. de R. D.* loquitur, quæ & eorum obligationem naturalem, & probationis facilitatem innuit. Quodſi b. f. poſſeſſor rem alienaverit vel conſumſerit, tum tenetur ſaltem naturaliter, quatenus eſt locupletior factus, quod in *DECIS. SAXON. 87.* confirmatum.

OBSERV. CCCLXXIX.

Etiamſi æſtimatio cura & ſumtibus furis creverit lit. O.) Hoc quoque naturale eſt, ut fur, quanti unquam res plurimi fuit, præſtare debeat, eſt enim ſemper in mora, adeoque ad omnia, quæ hinc conſequuntur, tenebitur, porro nec expenſas meliorationis repetere poteſt, quia in earum amiſſionem conſenſit, cum imputare ſibi debeat, quod in rem alienam malè acquiſitam eas fecerit.

OBSERV. CCCLXXX.

Conſuetudo, quæ rem furtivam Magiſtratui addicit, irrationabilis eſt) Ratio manifeſta, quia Magiſtratus contra præceptum naturale, domino rem aufert. Nec obſtat *l. 9. de jur. fiſc.* nam ex verbis finalibus: *perſecutionem eorum, quæ ſcelere acquiſita probari poſſunt, fiſco competere poſſe*, male quis regulam generalem conficeret, quod fiſcus ſcelere quæſita ſibi poſſit aſſerere, cum præſupponant caſum plane ſpecialem, in quo delictum fuerat ſaltem occaſio, effeceratque, ut legitimo deinceps titulo hæreditas mariti uxori eſſet quæſita, à quo ad alios caſus diſſimiles inferri nequit.

OBSERV. CCCLXXXI.

Aut ad petitionem partis proceſſum inſtituerit) Ut ex-

expenſas judiciales dominus hoc caſu magiſtratui reſtituat, aſſerit quidem *RICHTER d. l.* aſſertumque præjudiciis illuſtrat, ſed ex *ORD. CRIM.* illud non probat, & videtur utique cum iniquitate conjunctum, ut dominus expenſas poſtuletur, qui ſine ſua culpa rem amiſit ac litis moleſtias ſufferre debuit. Sed forte utilitas æquitati hic prævalet, *add. LYNCKER. Reſ. Dec. Jen. P. I. Decis. 310.*

TIT. II.

DE CONDICTIONE EX LEGE.

OBSERV. CCCLXXXII.

Condictio ex lege) Sollicitudo, qua caſus illi inquiruntur, quibus hoc actionis nomine utendum ſit, eſt conſectarium proceſſus Romani antiqui adeoque apud nos ceſſat, interim nihil impedit, quo minus certas actiones, quibus aliàs peculiare nomen non eſt, nomine *condictionis ex lege*, *canone*, *ex moribus vel conſuetudine*, inſigniamus. Libertas non eſt ſublata, licet neceſſitas ceſſet, hinc uſus harum actionum recte ſe habet, modo à ſuperſtitione leguleja liberetur.

TIT. III.

DE CONDICTIONE TRITICIARIA.

OBSERV. CCCLXXXIII.

Unde hac ita dicatur nihil certi habemus) Nonnulli id nominis à prætore *Trititio*, alii à *tritico*, quod hac actione primo fuerit petitum, alii à *verbis Edicti primis*, repetunt, *vid. EKHOLT ad ff. h. t.* Noviſſime

ſime *JOH. VOET. in comment. ad ff. b.* probat conjecturam *HOTOMANNI*, exiſtimantis nomen illud exinde fluxiſſe, quod olim Magiſtratus Provinciales, ex Sctis provincialibus, certam impoſuerint tritici quantitatem, ad certa loca deferendam, vel pro tritico pecuniam, ſi nimis diſſita eſſent loca, collationi tritici deſtinata, cumque illa denunciatio conferendi, *condictio triticiaria* diceretur, ac plerumque eveniret, ut pro tritico pecuniam ſeu æſtimationem perſolverent Provinciales, hinc paulatim evenerit, ut quoties loco rei debitæ, pretium ejus ſeu æſtimatio petenda eſſet, actio illa, condictio Triticiaria appelleretur. Hactenus Ille. Forte non immerito, mutatis mutandis, huc referres epicriſin *WISSENBACHII ad ff. Diſp. I.* qua eos, qui de origine vocis *Digeſti infortiati* ſatagunt, inſectatur: *quid hoc aliud eſt, quam otio & literis abuti in inveſtigatione vocis barbaræ & inſulſæ.*

OBSERV. CCCLXXXIV.

Deſcribitur quod ſit actio perſonalis) Hodie condictio Triticiaria, otioſum nomen eſt, licet enim ejusmodi caſus evenire poſſint & ſoleant, quibus reum moroſum, ad æſtimationem rei debitæ, condemnari æquum ſit, attamen ſufficiunt nomina actionum, ex negotiis illis deſcendentium, conſueta, ut generali illo, ad uſum fori Romani pertinente, facile careamus. Quodſi tamen quis ultro illo uti velit, ejus libertas non erit reprehendenda.

2. Aliàs hoc loco diſquiri ſolet, cujus temporis æſtimatio præſtanda ſit? quæ diſquiſitio valde involuta eſt ob textus varie & ambigue loquentes, v. gr. *l. 2. §. 3. commod. l. 3. de condict. tritic. l. 3. §. 3. de A. E.*

V. l. 8. de cond. furt. L. pen. rer. amot. l. 59. seqq. d. V.O. l. 37. pr. mand. quos etiam adducit ac breviter componit *HUBER. in posit. ad ff. h. t. n. 4. seqq.* Fusius autem ea de re agunt cum alii, tum in specie *JOH. VOET. in comment. ad ff. h. t. VINN. 5. Q. l. 1. qu. 36.* Mihi placet illa sententia, quæ contendit, quod jure Romano, excepto casu specialis conventionis, in stricti juris contractibus præstari debeat, quanti res a tempore moræ, usque ad litem contestatam, in bonæ fidei conventionibus autem, usque ad tempus rei judicatæ, plurimi fuerit, ut adeo ad textus diversimode loquentes, terminus *à quo* & *ad quem* distingui, ac præterea probe observari debeat, an & quando in casibus specialibus mora commissa sit.

3. Cæterum hodie discrimen Termini ad quem, negligendum esse arbitror, fluit enim ex processu Romanorum formulario, nam ideo in strictis judiciis, tempus litis contestatæ spectabatur, quia Judex formulæ petitionis adstringebatur, petitur autem res, uti nunc est, cum petitur: sed in bonæ fidei judiciis, cum judex formulæ non ita adstrictus sit, sed possit etiam eorum, quæ postea contingunt, rationem habere, hinc faciendæ æstimationis arbitrium usque ad tempus rei judicatæ, ei fuit relictum, *vid. VINN. select. qu. l. 1. qu. 39.* Hodie igitur hæc regula erit observanda, ut *solvatur, quanti res plurimi fuerit, à tempore moræ* (quæ juxta diversitatem obligationis puræ, in diem & conditionalis, prudenter erit æstimanda) *usque ad tempus rei judicatæ, aut potius actualis præstationis.* Quæ res manifestam habet æquitatem, si enim tempore intermedio major fuerit æstimatio, quam tempore præstationis, tum ab-

abſurdum fuerit, ſi reum ſua mora melioris æſtimationis commodum, actori auferre potuiſſe dicas, quodſi autem tempore præſtationis, æſtimationem auctam ſupponas, tum imputet ſibi reus, quod æſtimationem minorem citius non præſtiterit, æqua igitur erit moræ interpretatio, ſi eam actori non obeſſe, reo verò nocere dicas.

TIT. IV.
DE EO QUOD CERTO LOCO DARI OPORTET.

OBSERV. CCCLXXXV.

Actio de eo quod certo loco) Exponitur ſub hoc nomine caput aliquod, ad conventiones, locum certum reſpicientes, in genere pertinens, ac refertur partim id, quod naturale eſt, partim quod mere poſitivum, ac ad ambages fori Romani ſpectat, quæ commixtio efficit, ut vulgo juri Romano plus hac in parte tribuatur, quam par eſt.

2. Nimirum ſi quis ſeria conventione, certo in loco ſe ſoluturum promiſerit, ac debitor in illum locum non veniat, tum juxta ſimplicitatem naruralem indiſtinctè, i. e. non habita conventionis præcedentis ratione, licitum eſt creditori, alio loco reum convenire, dummodo actionem (1) eo loco inſtituat, ubi reus alias forum ſortitur, hoc enim ex natura imperii civilis introducti ſequitur; (2) juxta regulas prudentiæ, petitionem aptè formet, ac adeo prioris loci faciat mentionem, imò ea quoque obſervet, quæ circa formandos libellos lex poſitiva aliàs requirit; (3) actoris & rei intereſſe æſtimetur, cum enim

 alio

alio loco actio moveatur, æquitas postulat, ne alter exinde damnum sentiat. Juxta hæc manifestum est, actionem, quæ alio loco instituitur, non esse novam aliquam, sed illam ipsam, quæ ex conventione descendit, peculiares saltem circa eam occurrere circumstantias, quarum sit habenda ratio.

3. Jus Romanum illam simplicitatem naturalem admisit in negotiis bonæ fidei, hinc eorum intuitu nulla peculiaris actio asseritur, quoties alio loco agitur. In negotiis verò stricti juris, potestatem alio loco agendi, consueto sibi, sed ferè inani ac simulato rigore, negavit, hinc Prætor statim succurrit ac concessa agendi facultate, actionis formulam paulo aliter, ut videtur, instruxit, hinc quoties alio loco, ex negotio stricti juris, v.gr. stipulatione aut mutuo, agitur, actio antiquum nomen non retinet, sed *arbitraria*, & *actio de eo quod certo loco*, dicitur.

4. Cæterum cum omnes illæ ambages sat manifeste antiquum processum formularium redoleant, hinc eas in Germania plane exulare dicendum est. Quare hodie jus naturale observamus, ac reo in locum condictum non veniente, ex conventione præcedente actionem sub consueto nomine instituimus, eademque adversarium, observato loci interesse, ad satisfactionem compellimus.

OBSERV. CCCLXXXVI.

Est personalis & arbitraria) His præmissis, quoad singula hujus tractationis capita, decreta naturalia à tricis fori Romani facile separari poterunt. Actionis igitur hujus adducit *AUTOR* (1) in genere *naturam lit. D. N.* quorum sensus est, esse quidem ipsam actionem antiquam, sed quæ ob concessionem Præ-

Prætoris & peculiarem formulam, novo nomine gaudeat, nam adjecta illa *qualitas* nihil amplius infert. Hodie verò illa exploditur & quævis actio, alio loco instituenda, est illa ipsa, quam Romani sub hoc involucro proposuerunt. (2) *fundamentum & requisita lit. C. R.* quæ sollicitudo etiam hodie cessat, cum ex quavis conventione, actio ordinaria alio loco institui queat. Interim etiam de jure civili verum est, quod ob *temporis adjectionem* non opus fuerit actionis arbitrariæ ambagibus, ceu recte dicitur *n. 2. h.* nam *loci* & *temporis* dispar est ratio, qui alio loco agit, ille plus petere videbatur, hinc actione arbitraria opus erat, sed qui post tempus agit, is plus non petit, nam quod hodie mihi debes, illud multo magis cras â te exigere potero, hinc pura actione illud petere licet. Hodie hæ sunt otiosæ fabulæ. (3) *actorem & reum lit. S. P.* (4) *materiam lit. O.* (5) *locum actionis instituendæ lit. U.* (6) *conventionis diversitatem d. lit. U.* verb. *si quis*, quæ omnia naturalia sunt, & hodie obtinent, modò angustias fori Romani, qua illa de negotiis stricti juris saltem exaudiuntur, abstergas.

OBSERV. CCCLXXXVII.

Ex interesse Rei etiam post moram lit. O.) Actione alio loco instituta, actoris interesse imo & Rei casu, quo minus in locum condictum veniret, impediti, esse attendendum, facilè liquet. Sed si reus sua voluntate eò non veniat, an postea, si alibi agatur, Ejus interesse sit habenda ratio, quæritur? *AUTOR* id asserit, sed cum *CUJACIO* negat *BACHOV. ad Tr. V. 1. D. 23. th. 4. lit. C.* quibus etiam *Dn. STRYCK in not. h.* accedit. Sed videtur prior sententia defendi posse, mora enim voluntaria reum qui-

quidem obligat ad interesse actori præstandum, jure tamen proprium petendi, ipsum non privat, nam si interesse actori præstet, tum perinde est, ac si moram non commisisset, quia moram non committere, & commissam emendare, paria sunt, in casu autem moræ non commissæ, dubio procul interesse Rei attenditur. Finge mercatorem Lipsiensem cum Brunsvicensi contraxisse, quod Huic, ex vino Francico, quod Hamburgi Ille habebat, centum amphoras die Michaelis Hamburgi tradere velit. Lipsiensis traditionem non facit, hinc Nundinis sequentibus Paschalibus, Brunsvicensis ipsum Lipsiæ actione urget, traditionemque ibi fieri vult, quæritur, an Lipsiensis ob moram, sumtus transvectionis ferre debeat? negarem hoc, nam mora ipsum saltem obstringit ad interesse actori præstandum, quo facto absolutus est à mora, ac proprium interesse recte urget. Sed ais, quid si Brunsvicensis interesse suum in præstatione Lipsiæ facienda, situm esse dicat? responderem, hoc eum facere non posse, cum non interesse futuri aut præsentis, sed præteriti, ex loco condicto æstimandi, ratio habeatur.

OBSERV. CCCLXXXVIII.

Ad interesse, quod non est in obligatione, hæc actio non superesset lit. O.) Si creditor debitum in certo loco solvendum, in alio sponte recipiat, tum id, quod ejus intererat, censetur remisisse & hactenus sententia *AUTORIS* admitti poterit, nec obstat *l. 2. §. 7. h. t.* loquitur enim de solutione tertio, adeoque sine creditoris principalis consensu, facta. Si vero creditor recipiens quoad interesse suum protestetur, tum actio ei, illius intuitu, naturaliter erit salva, sed juxta

ta jus Romanum, etiam hoc casu actionem negare videntur, cum interesse non debeatur ex obligatione contractus, sed officio judicis, cui, sublata actione, amplius non sit locus, *vid.* *BACHOV. d. l.* Sed illa ratio ad judices pedaneos ac processum formularium pertinet, ac hodie cessat.

TIT. V.
DE CONSTITUTA PECUNIA.

OBSERV. CCCLXXXIX.

CONstituta pecunia) Etiam sub hoc nomine utilia & inutilia incautis propinantur. Nimirum si quis vel debitum proprium repetat, vel obligationem alienam suscipiat, tum dubio procul jure naturali fidem datam servare jubetur. Sed cum apud Romanos regulariter pacta nuda non valerent, heic tamen ob geminatam promissionem negotium valere debere existimaretur, hinc Prætoris provisione speciali *Constitutum* effectum est, quod non simpliciter ut *negotium consensuale*, sed potius sub ratione *pacti legitimi* vim obligandi haberet. Cum porro verba solennia peculiarem efficerent contractum, hinc *discrimen Constituti* & *Fidejussionis* enatum est, atque sub hac forma speciali *AUTOR* Constitutum juxta consueta capita expendit.

2. Sed cum hodie, neque hypothesis de pactorum nudorum invaliditate, neque verborum solennitas seu stipulatio admissa sit, hinc forma illa specialis, quam Jus Romanum Constituto affingit, cum suis consectariis cessat, ac apud nos Constitutum ut *negotium Consensuale*, ob consensum serium, valet, ac quatenus alienas respicit obligationes, cum fidejussione

ne aut expromissione coincidit. Debent igitur illa omnia, quæ jus Romanum adspersit, abstergi. In specie est (1) otiosa quæstio, sitne constitutum, contractus, an pactum legitimum *lit. D?* nam hæc hodie coincidunt. Cessat quoque (2) disquisitio, an fidejussio inutilis valeat tanquam constitutum *lit. C?* Poterit etiam (3) constitui Tertio secus ac præcipitur *lit. P.* nam generaliter hypothesis Romana de invaliditate conventionum tertio factarum, hodie improbatur, id quoque, ut alibi, ita hic (4) sine usu est, quod de ipso jure & ope exceptionis *d. lit. P.* dicitur, amplius hodie (5) debitum civile, aut ultra præcedentis debiti quantitatem, constitui potest, secus ac docetur *lit. O.* nihil enim, nisi serius consensus, ad valorem promissionis requiritur, quodsi vero constitutum sit instar fidejussionis, tum utique debiti principalis quantitatem excedere nequit, nisi quis sibi ipsi velit contradicere. Id addo, nomine Constituti nos hodie plane carere posse, nam si respiciat obligationem alienam, nomen fidejussionis vel Expromissionis sufficit, propriam vero obligationem raro repetimus, & si fiat, novatio erit.

TIT. IV.

COMMODATI VEL CONTRA.

OBSERV. CCCXC.

COmmodatum) Est dubio procul contractus omnibus Gentibus usitatus, hinc ea, quæ *AUTOR* hic ei explicando affert, non Romana, sed omnibus hominibus communia decreta sunt. Id tamen Romanum est,

eſt, quod commodatum pro contractu reali habeatur, adeoque traditio ad ejus eſſentiam ſpectet, ac id à pacto præparatorio diſtinguatur, nam juxta ſimplicitatem naturalem, ad exemplum locationis conductionis, etiam commodatum eſt *contractus conſenſualis, quo quis ad certum & gratuitum rei uſum concedendum, ac accipiens ad rem, finito uſu, illæſam reſtituendam obligatur*, cqnf. obſerv. 305.

OBSERV. CCCXCI.

Ex hoc contractu neque dominium lit. E.) Tota hæc doctrina naturalis eſt, nam juxta menſuram conſenſus præcedentis & de jure & obligatione contrahentium judicari debet. In ſpecie obligatur *commodatarius naturaliter* ad fidem ſervandam, & damnum ſua voluntate invito datum reſarciendum. Præterea poterit per legem poſitivam puniri, ceu innuit *AUTOR lit. R. n. 2.* Hodie commodatarius furtum amplius committere non videtur, quia procul dubio illa delicti æſtimatio, jure civili facta fuit, intuitu actionis dupli & quadrupli, quæ hodie ceſſat. Contra invitum commodatarium datur *actio commodati directa lit. D. N.* quo officium naturale impleat, id quod latius deducitur *lit. P. O.* in qua tractatione ſæpe quæſtiones voluntatis: *quid ſcilicet promiſſum ſit, aut num damnum voluntarium invito illatum?* occurrunt, quæ ex conſuetis interpretandi principiis decidi debent, & ab *AUTORE* etiam recte ſatis deciſæ ſunt. Id verò poſitivum eſt, quod actio commodati dicatur *civilis*, non *Prætoria*, nec obſtat *l. 1. pr. h.* quæ non de legiſlatione, ſed applicatione Prætoria loquitur. Hodie hæc ſollicitudo inanis eſt. Vice verſa Commodans, naturaliter quoque obliga-

ligatur, quo alterum indemnem servet, ac damnum voluntarium resarciat, invitus *actione commodati contraria* urgetur *lit. D. SS.* Quodsi commodatum pro contractu consensuali habeas, tum ad usum rei concedendum, commodans quod obligabitur.

OBSERV. CCCXCII.

Eamque rei propriæ præferre tenetur lit. O.) Quoad officium commodatarii, in specie quæritur, *an rem commodatam in communi periculo propriæ præferre teneatur? AUTOR* id asserit, nisi forte commodata sit vilior propriâ, tum enim hanc illi recte præferri, adeo ut si sit secus factum, propriæ pretiosioris æstimatio â commodante peti queat. Sed uti hæc ultima assertio, seu *limitationis declaratio* evidenter falsa est, (ex quo capite enim commodans obligatus foret ad refusionem pretii, neque enim vel damnum dedit, vel aliquid promisit, ex quibus fundamentis obligatio naturalis efficax repeti debet, cessat etiam dispositio legis civilis? Et quam absurdum esset aliquem ideo ad præstandam rei pretiosæ æstimationem adigere, quod ipsius res vilis servata sit, præstabit igitur rem perire, quam salvam manere! Denique ex eo, quod commodatarius rem suam pretiosiorem commodatæ viliori præferre queat, hoc saltem sequitur, quod, si jure suo utatur, commodanti ad nihil teneatur, aut si ut negligat, imprudentiæ suæ pœnam luat, minime vero, quod eo nomine commodantem habeat obligatum) ita nec *regula* nec *exceptio* admittenda videtur, cum nec ratione, nec *d. l. 5. §. 4. h. t.* fulciatur, illis enim verbis: *Nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas pratulit,* non præcise hoc docetur, quasi res commo-

mo-

modata propriis regulariter sit praeferenda, sed id solum innuitur, quod, si quis, cum posset res commodatas salvas facere, suarum tantum rationem habuerit, adeoque illarum intuitu, culpam commiserit, tum de damno teneatur, nám in eo totus est *JCTUS*, ut ostendat, commodatarium de culpa saltem, non de casu fortuito teneri, hinc etiam in ultimis verbis tales circumstantias supposuisse censendus est, ex quibus culpa aliqua argui queat, nam cuivis rei propriæ prælationis culpam inesse nemo dixerit.

2. Quæ cum ita sint, malim hic distinguere, utrum *orto periculo sat temporis superfuerit, ut & rem propriam & commodatam in tutum subducere potuerit commodatarius*, hoc casu, si commodatam neglexerit, culpæ reus est & tenetur, ac eo referrem *d. l. 5. §. 4. h.*, an *utrumque facere non potuerit*, tum & conversatio fortuita, & damnum fatale censeri debet, cujus igitur res servata est, ille de bono hoc sibi gratulabitur, nec alteri ad quid præstandum jure perfecto obligatus erit, cujus autem res periit, ille æquo animo malum fatale feret, nec ab altero aliam expectabit emendationem, nisi quam generositas fors ei imperat.

OBSERV. CCCXCIII.

Hac vero prius instituta, remanet actio L. Aquiliæ, quatenus plus continet) De concursu actionis commodati & L. aquiliæ, lis fuisse videtur inter *ULPIANUM* in *l. 7. §. 1. h. t.* & *PAULUM* in *l. 34. §. fin. de O. & A.* (si nimirum pro *remanere* legas: *non remanere*, quod ratio subjecta suadet & nonnulli codices volunt) in qua componenda post alios laborat *HILLIG. ad Donell. Comm. l. 21. c. 3. lit. P. Q.* cæterum

cum tota controversia respiciat actionem L. Aquiliæ, quatenus pœnalis est, hæc qualitas autem apud nos cesset, hinc omnis illa sollicitudo hodie est otiosa.

OBSERV. CCCXCIV.

Occasione l. 5. §. 2. h. agetur hic generaliter de dolo, culpa & casu) Tota hæc doctrina, quam ex *d. l. 5. §. 2.* vulgò eruunt, ultimato ex decretis naturalibus de *damno sarciendo* & *fide servanda*, dependet, adeoque, quatenus sana, naturalis est. Hinc & *indoles* doli, culpæ ac casus fortuiti, eorumque *effectus* ex generalibus principiis intelligitur.

OBSERV. CCCXCV.

Dolus) Hujus conceptum omnes homines ex communi ratione sibi formare, ejusque effectum intelligere possunt, quod autem *sola scientia* sufficere negetur, id universale non est, cum *d. l. 29. mand.* saltem loquatur de *scientia in læsionem propriam directa*, ex qua utique dolus non sequitur, sed ab hac ad aliam inferre non licet. Quod porro dolus conventione excludi posse negetur, id eo sensu verum est, quod non valeat conventio, ut dolus formaliter talis, impune possit admitti, ne tamen dolus unquam committatur, id utique conventione effici potest, ut videatur doctrina Romanorum in inanem desinere subtilitatem.

OBSERV. CCCXCVI.

Culpa latè) Philosophia de culpa, etiam naturalis ac omnibus hominibus communis est. In specie *Culpa Imprudentiæ*, quæ proprie nomen culpæ meretur, videtur commodissime definiri posse, quod sit *voluntas obliqua, qua alterius damnum directe quidem non volumus, nec tamen illud plane nolumus.* Quamvis amplius distinguendum sit, utrum versemur

mur in re *licita*, ut domum custodire, fures abigere *&c.* tum obtinet definitio allata, an in *illicita*, hoc casu voluntas obliqua, etiam pro dolo nonnunquam reputatur, sic si vulneraturus occidat, dolo hoc censetur fecisse, utut occisionem directe non voluerit, *vid.* infr. *ad L. Cornel. de sicar.*

Observ. CCCXCVII.

Hujus ut & diligentiae sunt tres gradus) Haec doctrina rationem habet, nam in omnibus rebus, quae gradibus distinguuntur, quos tamen accurate & juxta ἀκρίβειαν mathematicam dimetiri non licet, tres saltem gradus asseri possunt, duo extremi, & tertius, qui inter utrumque sit, nam si quatuor, quinque vel plures asserere velis, tum accuratè ostendendum foret, ubi alter incipiat, alter desinat, quod tamen rei natura non admittit, ast si in numero ternario subsistas, difficultatem istam effugies, nam duo extrema & tertium interjacens asserenti, cura accuratae dimensionis non incumbit. Juxta haec ergo tam diligentia quam negligentia humana habet duo extrema, vel enim summa est, vel infima, his interjacet media, quae modo illi, modo huic est propinquior. De caetero pro ratione objectorum, diversa utique illorum graduum est aestimatio, nam sane aliter diligentia & culpa aestimatur in re pretiosa, quaeque exquisitam requirit custodiam, quam in re vili & quae proletariam saltem exigit diligentiam. Ex quibus adeo liquet, doctrinam hanc non tam Romanam, quam potius communem esse. De caetero *AUTOR* singulos gradus satis persequitur, ubi nonnulla Grammatica vel Critica, ad sensum vocabulorum pertinentia, intercurrunt.

Observ. CCCXCVIII.

Hæc culpa interdum in concreto accipitur) Distinctio hæc, qua culpa levis, alia in *abstracto*, alia in *concreto* esse perhibetur, solido caret fundamento, ac eo fine saltem ab interpretibus est excognita, quo regulas de præstatione culpæ, præcipitanter à Romanis formatas adeoque sæpe fallentes, utcunque defenderent, nam cum v. gr. socius valde negligens, saltem de lata culpa, exquisitè autem diligens, de levissima quoque tenetur, vulgares verò regulæ à socio exigant simpliciter culpam levem, ideo quò hæc componerent interpretes, dixerunt, esse quidem illam istam culpam, latam & levissimam in *abstracto*, i. e. si in thesi, & abstrahendo à certo subjecto, utraque spectetur, sed utramque tamen esse culpam levem *in concreto*, i. e. si ratione proprii subjecti unaquæque consideretur. Sed si tu neges, recte duplicem æstimandæ culpæ normam constitui, aut contraria prædicata eidèm rei imponi, quo quæso argumento commentum suum illi persuadebunt? Non est igitur, cur errorem errore tegamus, satius omnino fuerit, omissis ejusmodi commentis, regularum vulgarium vitia libere ostendere, de quo mox.

Observ. CCCXCIX.

Quid in unoquoque contractu præstandum sit) Si nullus contractus præcesserit, tum regulariter omnis culpa præstanda, quia nihil adest, ex quo læsi in damnum consensus colligi queat, quod etiam Romani recte agnoverunt in *l. 44. ad L. Aquil.* Humanitas tamen aliquando temperamentum postulat, cujus rei exemplum in Negotiorum Gestore est, de quo suo loco diximus. *vid. l. 3. §. 9. de N. G.* Quod si autem con-

contractus aliquis præcesserit, qui casus hujus loci est ac ab *AUTORE* quoque spectatur, tum adhuc pro regula erit supponendum, quod *quævis culpa, modo revera admissa sit, damni restitutioni locum faciat*, quia tamen aliquid præcessit, quod læsi consensum secum ferre queat, hinc perpetua addenda erit limitatio, *nisi læsus in aliquem culpæ gradum consenserit*, de hoc enim lædens non tenebitur. Consensum autem illum Romani ex *conventione expressa* & *contractuum natura* collegerunt, quo pertinent vulgares regulæ, ab *AUTORE* quoque hic relatæ & probatæ. Enim verò doctrina illa Romana duplici laborat vitio: Primo, quod ultimum fundamentum, *consensum scilicet læsi*, ex quo ultima ratio negatæ præstationis culpæ desumitur, perspicue non indicaverint; secundo, quod neglectis circumstantiis evidentioribus, ex natura contractuum, velut circumstantia minus perspicua ac obscurius significante, consensum læsi & inde ortum præstandæ culpæ temperamentum eruere voluerint, hinc nec in applicatione res satis successit, sed regulæ sæpe fefellerunt, interpretibusque ansam præbuerunt, excogitandi culpam in abstracto & concreto, quo distinctionis hujus ope, regulas defenderent, de quo paulo ante dictum. Quare potius dicendum, consensum læsi esse colligendum (1) ex *conventione expressa*, quæ circumstantia est omnium liquidissima, & hactenus recte sentiunt Romani, hac deficiente; (2) ex *modo contrahendi*, nam si quis v. gr. deposito se offerat, is omnem diligentiam merito adhibere debebit. Quodsi peculiaris modus non adsit, (3) ex *persona*, cum qua contrahimus, nam non aliam diligentiam, quam quâ illa suas res prosequi

 solet,

mus, ſed alias quoque circumſtantias ac inprimis materiam ſubſtratam attendamus.

OBSERV. CCCCI.

Hanc enim æſtimationem unum gradum addere docet Frank.) Sed ſine ratione, nam *l.52.* §.*3.pro ſoc.* poſitive ſaltem docet, quod in contractibus mediæ diligentiæ, æſtimatio taxationis, caſum fortuitum non transferat, quid inde? *l.5.* §.*3. commod.* loquitur de æſtimatione venditionis gratia facta, quod verba: *qui æſtimationem ſe præſtaturum recipit*, ſatis oſtendunt. Generaliter itaque dicendum, quod æſtimatio taxationis cauſa facta, periculum caſus fortuiti nunquam transferat, ſed eo ſaltem fine fiat, quo citra ambiguam diſceptationem ſtatim conſtet, quid, culpa commiſſa, & re deperdita vel deteriorata, alterum præſtare oporteat, inprimis autem hæc admittenda videntur, ſi, juxta *Obſerv.399.* culpæ præſtationem, ex natura contractus non primario eſſe æſtimandam ſupponas.

TIT. VII.

DE PIGNORATITIA ACTIONE.

OBSERV. CCCCII.

Pignus denotat) Quæ de diverſo Pignoris ſignificatu, ac in ſpecie de contractu pignoratitio *AUTOR* diſſerit *lit. H. D. N. C. S. O*, illa omnia iterum juris Gentium ſunt, niſi quod Pignus habeatur pro contractu reali, ac ad ſui perfectionem requirat traditionem, hoc enim Romanis tribuendum, cum juxta ſimplicitatem naturalem pignus etiam ſit *contractus*

consensualis, quo in securitatem crediti debitor rem tradere, ac creditor, soluto debito, eandem illaesam restituere tenetur. Juxta hanc suppositionem, inter *contractum pignoratitium* & *pactum hypothecae* ea fuerit differentia, quod ibi hoc agatur, ut creditor in sui securitatem, pignus accipiat, hic vero solùm jus reale, securitatis causa, constituatur, hinc ibi opus erit traditione ad implendam fidem contractumque consummandum, sed hic traditio, ob securitatem, facienda non erit.

Observ. CCCCIII.

Adjicitur interdum huic contractui pactum antichreseos) Pactum hoc ex libertate posse adjici, ac juxta ejus mensuram, jus & obligationem lege naturali introduci manifestum est, quemadmodum etiam evidens, quod paciscentes legibus positivis se submittere, ac speciatim decreta usuraria observare debeant. De caetero effectus pacti antichretici, fere ex voluntate paciscentium dependet, quae, ut & differentiam ejus â contractu retrovenditionis, pluribus persequitur *Dn.* B E R G E R *in resolut. h.* quae legi merentur.

Observ. CCCCIV.

Quod ex justa causa in pignoribus reprobavit) Pactum commissorium naturaliter quoque videtur invalidum, ideo quod non satis sit liberum, sed mediis, necessitatis aut vis injustae quid habentibus, extortum, quia tamen vis non adeo aperta est, ideo nisi lex civilis accederet, pactum illud ita simpliciter invalidum dici non posset. Ex eo autem sequitur, quod lege aut consuetudine omnino permitti queat, secus ac nonnulli sentiunt, *n. 4. h.*

Ob-

OBSERV. CCCCV.

Ex hoc contractu pignoratitio creditor tenetur) Officium creditoris lege naturali dirigitur, ac summatim in eo consistit, ut fidem datam servet ac damna voluntaria resarciat, quæ *AUTOR* juxta varios casus & præstationes specialius exsequitur, ut fontes hic indicasse sufficiat.

OBSERV. CCCCVI.

Illa enim est prætoria) De differentia actionis Pignoratitiæ & Hypothecariæ ita habendum est. Illa est ex contractu, hæc ex jure pignoris reali, illa exserit se pignoris jure sublato, hæc jus validum praesupponit ex eoque movetur, illa datur debitori & creditori, hæc tantum creditori, illa competit contra creditorem & debitorem eorumque hæredes, hæc contra quemvis possessorem, illa repetit rem olim oppignoratam præstationesque personales persequitur, hæc rem adhuc oppignoratam vindicat.

OBSERV. CCCCVII.

Et illarum fructus, quos creditor percepit vel percipere debuit lit. O.) Hanc officii partem non semper obtinere, sed tum demum, si res fructifera ac inprimis prædium aliquod sit oppignoratum, facile patet. De cætero creditor sibi gratis hoc onus imponi haut patietur, sed tunc obtinebit, si antichresis ei sit concessa, tum enim fructuum tam perceptorum, quam percipiendorum calculus erit ineundus, quo constet, quid ille usurarum nomine possit retinere, & quid reddere, vel in sortem sibi imputari, pati debeat. Cum autem hæc officii pars creditori sit molestissima, dum & sollicitam rei culturam ab eo exigit, ac ancipiti rationum redditioni eum subjicit, hinc

cautelas ei commendant, quo scil. rem vel sibi sub pacto retractus vendi, vel saltem pro certa pensione locari curet, *vid. Dn. STRYK in not. b.* quae cautelae rationem habent, cum eo pertineant, ut volente debitore, à necessitate praestandi fructus vel plane liberetur creditor, vel citra calculi ancipitis molestias, ei suo defungi liceat officio, cavendum tamen videtur, ne sub specie aliûs contractus, contra leges usurarias peccetur. OBSERV. CCCCVIII.

Ita ut debitor etiam post 30. & 40. annos debitum offerre & hac actione pignus repetere possit lit. C.) Verissimam puto hanc sententiam, nec tamen utar illa ratione, quod *haec actio ante solutum debitum non nascatur adeoque nondum nata praescribi nequeat, solvendi porro facultas nullo tempore tollatur.* Nam huic alii, & non sine veri specie, contradicunt, nam facultati repetendi pignus, quae sub conditione: *Si solvat debitum*, debitori competit, in creditore specialis ac molesta respondet obligatio, quae adeo cum sibi respondente jure solvendi & repetendi, perinde praescriptibilis videtur, ac obligatio ex mutuo eique respondens jus praescriptioni subjacent. Inprimis autem allata ratio elidi posse videtur exemplo juris retractus, nam huic ex veriori sententia praescribitur, sed posset quis causari, hoc jus se demum exserere post solutum pretium, facultati autem solvendi nunquam praescribi! quo igitur argumento heic praescriptio defenditur, eodem etiam hactenus quoad luitionem pignoris eadem defendi posse videtur, *vid. HUBER. posit. ad ff. quib. mod. pign. solv. ibique Thomas.* Id potius urgeo, praescriptionem illam inanem esse futuram, esto enim, quod creditor jus luendi ex con-

contractu competens præscriptione tollat, nihil inde lucrabitur, nam ratione rei ipsius & dominii acquirendi, neque titulum, neque, quod magis est, possessionem habet, cum ut creditor hactenus saltem rem tenuerit, ergo debitori integrum fuerit ob dominium rem repetere, quid igitur opus est intuitu juris luendi, inanem asserere præscriptionem? Ex quo liquet, nullam præscriptionem efficacem locum habere, licet debitum oblatum vel solutum sit, quod tamen nonnullis videtur, *vid. STRYK in not. b.* dummodo per contradictionem creditor in possessione dominii non sit constitutus. Atque juxta hanc rationem, discrimen inter jus retractus & luendi pignus, perspicuè etiam ostendi potest, nempe illud præsupponit translationem dominii in emtorem factam, dummodo igitur obligatio rem reddendi, per temporis lapsum extinguatur, dominium fit irrevocabile ac emtor rem retinere potest, hinc juxta communem mortalium affectum, ac consueta præscriptionum requisita, jus retractus meritò præscriptibile perhibetur. At jus luendi pignus, translationem dominii aut saltem ejus possessionem vel illius acquirendi animum, non præsupponit, hinc frustra præscriptio inefficax, intuitu juris luendi asseritur. Tandem ex his patet, ut id obiter adjiciam, neque quoad rem precario concessam, neque locatam (licet conductor mercedem non solvat, nam non requiritur ad impediendam præscriptionem, ut ille titulum possessionis semper agnoscat, sed saltem, ne mutet,) neque commodatam neque depositam locum habere præscriptionem, nisi per contradictionem domino factam, possessionis titulum mutaverint detentores, aut per longissimum tem-

pus

pus se pro dominis gesserint, ut verus dominus illud probabiliter rescire potuerit. Interim cum res commodata ad breve tempus soleat concedi, deposita verò semper repeti possit, ideò de præscriptione harum actionum raro quæritur, *conf. THOMAS. in not. ad Huber. d. l.*

OBSERV. CCCCIX.

Actio pignoratitia contraria) Obligatio debitoris itidem naturalis est, vel enim ideo tenetur, quod creditori sua voluntate damnum dederit, vel quod hic in illum utilitatem aliquam contulerit, quam quidem recte æstimare par erit. Doctrina igitur Romana communia decreta saltem exhibet eademque confirmat.

LIB. XIV. TIT. I.
DE EXERCITORIA ACTIONE.

OBSERV. CCCCX.

Actio exercitoria) Sub hoc nomine neque peculiaris contractus, neque actio proponitur, sed ostenditur saltem, quod actio ex contractu Magistri navis, contra Præponentem detur, quæ tota doctrina iterum naturalis est, Romani tamen ei, more suo, emblemata fori sui affricarunt. Summatim duo spectari possunt, (1) *quomodo fiat, ut Magister navis, Exercitorem in contrahendo* repræsentet? Fit scilicet illud per *consensum*, qui quoad Patrem & filium, dominum & servum, nomen suum generale retinet, quoad personas verò liberas, in peculiarem abit contractum, & possunt huc referri, quæ *tit. 3.* de constitutione Institoris dicuntur; (2) *Effectus contractuum à Ma-*

Magistro navis celebratorum, quæ consideratio tum officium *Magistri contrahentis*, tum *Exercitoris consentientis* continet.

2. Magister navis, si sit homo liber, durante officio, ex contractibus suis agere & conveniri potest, non ut inde ipse aliquid lucretur, vel damnum sentiat, sed ut saltem massæ negotiationis res debitas inferat, vel ex illa has præstet, secundum ea, quæ *ALLTOR Tit. 3. lit. E.* proposuit, nam illa quoque, mutatis mutandis, huc pertinent.

3. Exercitor consentiens ex illis contractibus potest (1) *conveniri in solidum.* Actio, quæ contra eum instituitur est illa ipsa, quæ ex contractu Magistri descendit, nempe emti, locati mutui *&c.* prout hic vel ille contractus celebratus est. A Romanis insuper novo nomine illa fuit donata, ut *Actio Exercitoria* audiat *lit. D. N.* Nihil amplius igitur, quam *nomen* & forte *peculiaris agendi formula*, accessit, in quæ *adjectitia qualitas*, quam hic sibi imaginantur interpretes, resolvitur. Datur autem actio contra Exercitorem ob *consensum*, quod Romani, sed per otiosas ambages, quæ hodie nullius usus, agnoverunt *lit. C.* Accurate igitur inquirendum, quousque Exercitor consenserit, quod bene explicatur *d. lit. C. n. 1. 2. 3.* Posito consensu, contrahentes *lit. S.* ab Exercitoribus *lit. P.* res debitas *lit. O.* petunt. Cum vero etiam de jure civili agnoverint, nomine exercitoriæ actionis opus non est, *d. lit. O.* multo magis hodie illud negligi poterit. Nihil tamen impedit, quo minus id, velut rem innoxiam etiam retineamus, modo per id falsos conceptus nobis ingenerari, aut â solida hujus rei cognitione nos abduci non patiamur,

quem

quem sane effectum illa nomina apud multos habent; (2) *in solidum quoque agere*, nam in contractus non tantum ratione oneris, sed & commodi consensit. Licet vero Romani hoc negare videantur *lit. O.* verbis: *Exercitores vero*, attamen non tam simpliciter negant, quam potius ineptas moliuntur ambages, dum vel cessionem requirunt, vel utilem saltem actionem admittunt, cum enim domino Procuratoris actiones utiles active & passive concedant *l. 13. §. 25. de A. E. V.* exercitori omnem actionem eos negasse probabile non est. Hodie istis ambagibus opus non esse, sed exercitorem, modo doceat (quod ad factum pertinet) contrahentem suum fuisse Magistrum, eumque juxta leges præpositionis contraxisse, agere posse, plane arbitror.

OBSERV. CCCCXI.

Licet Magister pecuniam alio vertat lit. O. in fin.) Obligatio domini hic non resultat ex versione actuali vel collata utilitate, sed ex ejus expresso consensu. Circumstantiæ vero, quarum hic meminit *AUTOR*, non alio fine attenduntur, quam ut constet, contractum mutui à Magistro navis celebratum, habere rationem medii, ad finem principalem ducentis, adeoque sub mandati Exercitoris contineri, hoc igitur si circumstantiæ memoratæ insinuent, satis est, bene an male pecuniam accipiens collocaverit, hactenus nihil refert.

OBSERV. CCCCXII.

Apud Hollandos lit. P.) Quousq; Exercitores in contractus Magistri sui consentiant, id non ubique satis liquidum est, hinc sæpe ista certius definit lex positiva, & Romani quidem large satis istum consensum

sunt

ſunt interpretati, ut rigidior inde contra exercitores naſcatur obligatio, quam interpretationem Romanam nec aequitati, nec publicae utilitati convenire cenſet *GROTIUS d. l. 2. c. 11. n. 13.* ſed nihil ſolidi, quo id probet, affert. Interim remiſſior interpretatio, qualis apud Hollandos viget, etiam reprehendi non debet, ſed gaudent hac in parte leges poſitivae moresque populorum aliqua libertate.

TIT. II.

DE LEGE RHODIA DE JACTU.

OBSERV. CCCCXIII.

Hic cavetur) In caſu verae neceſſitatis licitum eſſe res alienas perdere, ut tamen periculo iſta ratione depulſo, omnes, ad quos illud pertinuit, pro rata damnum ferre ac reſarcire debeant, ex communi ratione patet. Lex Rhodia igitur nihil novi conſtituit, ſed decreta illa naturalia, ad certum neceſſitatis caſum, ſaltem applicavit, aut ex principiis illis generalibus, ſpecialem concluſionem, ejus intuitu, elicuit, quod in locis maritimis, ſimiles leges etiam facere ſolent, *vid. HAHN ad Weſenb. h.*

OBSERV. CCCCXIV.

Ubi conſideranda (1) Jactus) Tria ſummatim ſpectari poſſunt: (1) *neceſſitas* (2) *quid in caſu neceſſitatis liceat* (3) *quid eo depulſo faciendum ſit.* Per neceſſitatem hic intelligitur periculū naufragii, quod nobis & rebus noſtris imminet, &, quo jura mox explicanda producat, requiritur, ut ſit (1) *vera* i. e. vi fatali excitata, nam ſi per culpam alicujus, eadem producatur, is ſolus ad damnum reſarciendum tenebitur *n. 1. h.* (2) *communis*, nam aliàs de caeterorū obligatione quaeri ne-

nequit, (3) *rerum quarundam corruptione vel ejectione probabiliter depellenda*, alioquin enim frustraneum fuerit res ejicere, aut si rebus ejectis periculum non cesset, restitutio nulla erit facienda.

OBSERV. CCCCXV.

Objectum sunt merces n. 1. lit. O.) Posita igitur necessitate, licitum est res quasdam ejicere, ut tamen, quantum fieri potest, regulæ prudentiæ observentur *d. lit. O.* nam licet aliàs res alias perdere, jure naturali prohibeatur, attamen cum illa ejectione, majus malum probabiliter depelli queat, hinc non immeritò præsumitur, obligationem legum naturalium hoc casu suspendi, adeo ut actus, aliàs prohibitus, licitè suscipi queat, de quo alibi latius differitur.

OBSERV. CCCCXVI.

Contributio) Rebus ejectis, tertio quæritur, quid cæteros facere oporteat? Obligantur scilicet, ut æquabili contributione damnum resarciant *n. 2. h.* licet enim, posito periculo, pati quis debeat, ut in salutem communem, res suæ ejiciantur, attamen ut is solus damnum ferat, nulla æquitatis specie postulari potest, sed illud potius omnibus pro rata bonorum, imponi debet, hinc ipse etiam læsus in partem damni venire debet. Cæterum ut illa obligatio se exserat, requisita necessitatis, *Obs 414.* memorata, attendi debent. *Fatalis* ergo necessitas requiritur, alias ille solus damnum resarciet, à cujus voluntate id dependet. Debet quoque esse *communis*, nam si quis proprio periculo res suas amiserit, is ab aliis, ex aliquo merito, nihil repetere potest, humanitas tamen ipsi succurrere jubet. Denique *hoc medio periculum depulsum sit*, oportet, aliàs enim ejectio cæteris nihil profuit, hinc

ex

ex hoc capite obligari nequeunt, *n. 2. b.* Positis autem requisitis, dubio procul omnes ad contributionem tenentur *lit. S.* quia in salutem omnium ejectio facta est, utque damni restitutio recte fiat, rerum amissarum & servatarum justa ineunda est æstimatio, *lit. O.* qua in re determinationes positivæ multum valere possunt.

OBSERV. CCCCXVII.

Petitur hac collatio actione locati) Hæc redolent ambages processus Romani, nam aliàs certum est, quod læsus contra singulos habeat actionem efficacem, sed Romanis fere persuasum fuit, omnem actionem ex contractu esse repetendam. De cætero æquissimum est, ut servatæ merces tamdiu detineantur, donec læso satisfactum sit, nam aliàs vix damni restitutionem obtinebit, rebus enim per plures distractis, actio velut dissipatur, aut ob æstimationis, non facile deinceps ineundæ, defectum, inanis redditur.

OBSERV. CCCCXVIII.

Cessat hac contributio lit. C.) Ut damni restitutio peti queat, damnum debet esse datum, hinc si res ejectæ recuperentur, dubio procul contribuendi necessitas vel cessat vel diminuitur. Quo fine autem *AUTOR* sibi objiciat *l. 43. §. pen. de furt.* non satis assequor, forte tamen hoc intendit, res ejectas haberi pro derelictis, adeoque earum dominium amitti, & consequenter æstimationem illarum esse præstandam. Verum esto, quod res ejectæ habeantur pro derelictis, (de quo tamen, juxta liberam philosophiam, adhuc dubitari potest,) illa tamen derelictio non absolutè erit accipienda, certe eousque extendi non poterit,

S ut

ut rebus recuperatis ac à domino receptis, earum æſtimatio nihilominus ſit præſtanda.

OBSERV. CCCCXIX.

Hæc contributio etiam locum habet lit. SS.) De æquitate & extenſione Legis Rhodiæ peculiarem conſcripſit diſſertationem *AUTOR*. Licet verò deciſio, quam in caſibus ſimilibus ſuppeditant, non malè ſe habeat, quia tamen diſpoſitio L. Rhodiæ ſaltem ſubſumtio quædam eſt, ſeu concluſio ſpecialis, ex generali juris naturalis præcepto elicita, ideo id præjudicium, ex jure Romano hauſtum, redolet, quod in decidendis aliis caſibus, non ad fontem, ſed rivulum recurrant, quæ ſane juris Romani nimia, ac in opprobrium velut legis naturalis, facta æſtimatio cenſuram meretur.

OBSERV. CCCCXX.

Neque hic diſtinguendum, an quodammodo certum fuerit, dirutam domum nihilominus perituram nec ne) Mihi tamen ſic diſtinguendum eſſe videtur: vel *quis ſine juſta cauſa ædes diruit*, tum ad damnum ſarciendum tenetur, niſi forte, præter omnem intentionem, eò incendium pervenerit atque ita ædes nihilominus conflagraſſent, tunc enim dolus ſit inefficax *l. 7. §. 4. quod vi aut clam.* Vel ob *juſtam cauſam ſeu probabilem periculi metum*, hoc caſu diruens indiſtincte, ſive incendium eò pervenerit, ſive non, ex facto ſuo, ad damni reſtitutionem non eſt obligatus, quod enim lege permittente fit, injuſtum non eſt, nec damni reſtitutionem operatur, *l. 49. §. 1. ad L. aquil.* qui textus ſic optime componuntur. Licet autem diruens hoc, & aliquando, præcedenti caſu non teneatur, alia tamen eſt quæſtio, annon alii

damnum resarcire cogantur, ubi distinguendum erit, utrum *ille, cujus culpa incendium est exortum, sit solvendo*, hic omne damnum, quod vel incendium dedit, vel ejus extinguendi causa factum est, resarcire cogetur, *an solvendo non sit*, tum vicini, in quorum commodum ædes sunt destructæ, damnum restituere debent, si modo incendium aliàs probabiliter ædes destructas non consumsisset, quia enim tum destructio fuit medium cæteras conservandi, merito illi, quorum ædes servatæ, juxta consueta necessitatis jura, ad damni restitutionem erunt obligati, si vero, incendio latius evagante, nihilominus ædes illæ periissent, obligatio illa cessabit, damnum enim illud non tam ad aliorum utilitatem factum, quam potius fatale, & incendio datum, censeri debet, hinc nulla apparet ratio, quare alii fortuitum damnum luere debeant, ut hactenus omnino, secus ac sentit *AUTOR*, distinctio illa attendenda sit.

2. Cæterum, ut dicam, quod sentiam, jura illa per speculationem quidem ita possunt supponi, sed quoad applicationem, vix habebunt usum. Nam quod attinet obligationem destructoris, non facile ad liquidum satis deduci poterit, utrum justa, an injusta causa ædes destruxerit, sine hoc autem obligatio ejus non habebit effectum. Porro quod concernit eum, cujus facto incendium est exortum, uti sæpe de hoc plane non constat, adeoque de ejus obligatione quæri nequit, ita quando satis certus est, utplurimum tamen restituendo tam gravi damno impar est, hinc obligatio & actio est inanis. Denique nec quoad vicinos facilè quis expediet, in quorum utilitatem præcise destructio ædium cesserit, quare nec consta-

 bit,

bit, tum quinam sunt obligati, tum quantum singuli præstare debeant, hinc etiam experientia testatur, quod illi, quibus vel incendium, vel ejus occasione, aliorum hominum factum, damnum dedit, utplurimum soli illud ferre cogantur, nisi fors amicorum humanitas ultroneo beneficio malum levaverit. Laudandæ igitur sunt ordinationes nonnullorum locorum, qui ejusmodi mala toti universitati imponunt ejusque membra ad aliquem damni emendationem obligant.

TIT. III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

OBSERV. CCCCXXI.

INstitor est) Neque hic peculiaris contractus aut actio proponitur, sed solum docetur, quod ex contractu ejus, qui negotiationi terrestri præpositus est, is etiam teneatur, qui eum præposuit; quæ doctrina plane convenit cum illa, quam *tit. 1.* vidimus, sive spectemus decreta naturalia, sive otiosas fori Romani ambages. Nos brevi applicatione & fundamenta & utriusque doctrinæ convenientiam monstrabimus. Primo igitur expenditur *Institoris constitutio lit. D. C. S. P. O.* Deinde *contractuum ab institore initorum effectus*, hic respicit vel *Institorem*, qui agere & conveniri potest *lit. E.* vel *Præponentem*, qui *conveniatur in solidum* actione institoria, quæ est ipsa actio ex contractu, daturque ob consensum *lit. D. C. S. P. O.* hinc accurate inquirendum, quousque dominus consenserit. In specie ex hoc fundamento judicandum, an institor literas cambii acceptare vel domini loco

eas

eas dare queat. Porro etiam ex contractu institoris, *contra alios agere potest* præponens, licet Romani per ambages hic iterum incesserint *lit. E. vid. Observ. 410.*

OBSERV. CCCCXXII.

Affirmans aliquem institorem esse, hoc probet lit. C.) Sed potest etiam quis per quasi contractum negotiorum gestionis, atque ita per consensum præsumtum, institor fieri, hinc ejus constitutio præsumetur, nec probanda erit! quod, nisi fallor, *AUTOR* vult ex objecta *l. 1. h. t.* Verum si quis, sine prævio domini consensu, alterius negotiationi se offerat, tum inter ipsum & dominum quidem ob administrationem nascitur obligatio & hactenus juxta hypotheses juris Romani, quasi contractus seu consensus præsumtus adest, quo respectu is etiam in *d. l. 1.* asseritur. Sed ut ex tali administratione, dominus inscius extraneis etiam obligetur, id quidem nulla æquitas permittit, hinc etiam hoc respectu nullus quasi contractus aut consensus præsumtus asseri potest. Breviter: adest consensus præsumtus ratione *gestoris* & *domini*, non etiam *domini* & *extranei*, hinc nisi hic constitutionem probet, nihil obtinet.

TIT. IV.

DE ACTIONE TRIBUTORIA.

OBSERV. CCCCXXIII.

EX *contractibus servorum)* Sex casus in jure civili occurrunt, in quibus actiones adjectitiæ qualitatis, quas vocant, moventur, quarum fundamenta *AUTOR* summatim hic exhibet. Paulo clarius forte sic dici poterit: Ex contractibus servorum vel filiorumfam. actio contra dominos & patres datur

pus se pro dominis gesserint, ut verus dominus illud probabiliter rescire potuerit. Interim cum res commodata ad breve tempus soleat concedi, deposita verò semper repeti possit, ideò de præscriptione harum actionum raro quæritur, *conf. THOMAS. in not. ad Huber. d. l.*

Observ. CCCCIX.

Actio pignoratitia contraria) Obligatio debitoris itidem naturalis est, vel enim ideo tenetur, quod creditori sua voluntate damnum dederit, vel quod hic in illum utilitatem aliquam contulerit, quam quidem recte æstimare par erit. Doctrina igitur Romana communia decreta saltem exhibet eademque confirmat.

Lib. XIV. Tit. I.

DE EXERCITORIA ACTIONE.

Observ. CCCCX.

Actio exercitoria) Sub hoc nomine neque peculiaris contractus, neque actio proponitur, sed ostenditur saltem, quod actio ex contractu Magistri navis, contra Præponentem detur, quæ tota doctrina iterum naturalis est, Romani tamen ei, more suo, emblemata fori sui affricarunt. Summatim duo spectari possunt, (1) *quomodo fiat, ut Magister navis, Exercitorem in contrahendo* repræsentet? Fit scilicet illud per *consensum*, qui quoad Patrem & filium, dominum & servum, nomen suum generale retinet, quoad personas verò liberas, in peculiarem abit contractum, & possunt huc referri, quæ *tit. 3.* de constitutione Institoris dicuntur; (2) *Effectus contractuum à Ma-*

Magistro navis celebratorum, quæ consideratio tum officium *Magistri contrahentis*, tum *Exercitoris consentientis* continet.

2. Magister navis, si sit homo liber, durante officio, ex contractibus suis agere & conveniri potest, non ut inde ipse aliquid lucretur, vel damnum sentiat, sed ut saltem massæ negotiationis res debitas inferat, vel ex illa has præstet, secundum ea, quæ *ALLTOR Tit. 3. lit. E.* proposuit, nam illa quoque, mutatis mutandis, huc pertinent.

3. Exercitor consentiens ex illis contractibus potest (1) *conveniri in solidum*. Actio, quæ contra eum instituitur est illa ipsa, quæ ex contractu Magistri descendit, nempe emti, locati mutui *&c.* prout hic vel ille contractus celebratus est. A Romanis insuper novo nomine illa fuit donata, ut *Actio Exercitoria* audiat *lit. D. N.* Nihil amplius igitur, quam *nomen* & forte *peculiaris agendi formula*, accessit, in quae *adjectitia qualitas*, quam hic sibi imaginantur interpretes, resolvitur. Datur autem actio contra Exercitorem ob *consensum*, quod Romani, sed per otiosas ambages, quæ hodie nullius usus, agnoverunt *lit. C.* Accurate igitur inquirendum, quousque Exercitor consenserit, quod bene explicatur *d. lit. C. n. 1. 2. 3.* Posito consensu, contrahentes *lit. S.* ab Exercitoribus *lit. P.* res debitas *lit. O.* petunt. Cum vero etiam de jure civili agnoverint, nomine exercitoriæ actionis opus non est, *d. lit. O.* multo magis hodie illud negligi poterit. Nihil tamen impedit, quo minus id, velut rem innoxiam etiam retineamus, modo per id falsos conceptus nobis ingenerari, aut â solida hujus rei cognitione nos abduci non patiamur, quem

quem ſane effectum illa nomina apud multos habent; (2) *in ſolidum quoque agere*, nam in contractus non tantum ratione oneris, ſed & commodi conſenſit. Licet vero Romani hoc negare videantur *lit. O.* verbis: *Exercitores vero*, attamen non tam ſimpliciter negant, quam potius ineptas moliuntur ambages, dum vel ceſſionem requirunt, vel utilem ſaltem actionem admittunt, cum enim domino Procuratoris actiones utiles active & paſſive concedant *l. 13. §. 25. de A. E. V.* exercitori omnem actionem eos negaſſe probabile non eſt. Hodie iſtis ambagibus opus non eſſe, ſed exercitorem, modo doceat (quod ad factum pertinet) contrahentem ſuum fuiſſe Magiſtrum, eumque juxta leges præpoſitionis contraxiſſe, agere poſſe, plane arbitror.

OBSERV. CCCCXI.

Licet Magiſter pecuniam alio vertat lit. O. in fin.) Obligatio domini hic non reſultat ex verſione actuali vel collata utilitate, ſed ex ejus expreſſo conſenſu. Circumſtantiæ vero, quarum hic meminit *AUTOR*, non alio fine attenduntur, quam ut conſtet, contractum mutui à Magiſtro navis celebratum, habere rationem medii, ad finem principalem ducentis, adeoque ſub mandati Exercitoris contineri, hoc igitur ſi circumſtantiæ memoratæ inſinuent, ſatis eſt, bene an male pecuniam accipiens collocaverit, hactenus nihil refert.

OBSERV. CCCCXII.

Apud Hollandos lit. P.) Quousq; Exercitores in contractus Magiſtri ſui conſentiant, id non ubique ſatis liquidum eſt, hinc ſæpe iſta certius definit lex poſitiva, & Romani quidem large ſatis iſtum conſenſum

ſunt

ſunt interpretati, ut rigidior inde contra exercitores naſcatur obligatio, quam interpretationem Romanam nec aequitati, nec publicae utilitati convenire cenſet *GROTIUS d. l. 2. c. 11. n. 13.* ſed nihil ſolidi, quo id probet, affert. Interim remiſſior interpretatio, qualis apud Hollandos viget, etiam reprehendi non debet, ſed gaudent hac in parte leges poſitivae moresque populorum aliqua libertate.

TIT. II.

DE LEGE RHODIA DE JACTU.

OBSERV. CCCCXIII.

Hic cavetur) In caſu verae neceſſitatis licitum eſſe res alienas perdere, ut tamen periculo iſta ratione depulſo, omnes, ad quos illud pertinuit, pro rata damnum ferre ac reſarcire debeant, ex communi ratione patet. Lex Rhodia igitur nihil novi conſtituit, ſed decreta illa naturalia, ad certum neceſſitatis caſum, ſaltem applicavit, aut ex principiis illis generalibus, ſpecialem concluſionem, ejus intuitu, elicuit, quod in locis maritimis, ſimiles leges etiam facere ſolent, *vid. HAHN ad Weſenb. h.*

OBSERV. CCCCXIV.

Ubi conſideranda (1) Jactus) Tria ſummatim ſpectari poſſunt: (1) *neceſſitas* (2) *quid in caſu neceſſitatis liceat* (3) *quid eo depulſo faciendum ſit.* Per neceſſitatem hic intelligitur periculũ naufragii, quod nobis & rebus noſtris imminet, &, quo jura mox explicanda producat, requiritur, ut ſit (1) *vera* i. e. vi fatali excitata, nam ſi per culpam alicujus, eadem producatur, is ſolus ad damnum reſarciendum tenebitur *n. 1. h.* (2) *communis*, nam aliàs de caeterorũ obligatione quaeri ne-

nequit, (3) *rerum quarundam corruptione vel ejectione probabiliter depellenda*, alioquin enim frustraneum fuerit res ejicere, aut si rebus ejectis periculum non cesset, restitutio nulla erit facienda.

OBSERV. CCCCXV.

Objectum sunt merces n. 1. lit. O.) Posita igitur necessitate, licitum est res quasdam ejicere, ut tamen, quantum fieri potest, regulæ prudentiæ observentur *d. lit. O.* nam licet aliàs res alias perdere, jure naturali prohibeatur, attamen cum illa ejectione, majus malum probabiliter depelli queat, hinc non immeritò præsumitur, obligationem legum naturalium hoc casu suspendi, adeo ut actus, aliàs prohibitus, licitè suscipi queat, de quo alibi latius differitur.

OBSERV. CCCCXVI.

Contributio) Rebus ejectis, tertio quæritur, quid cæteros facere oporteat? Obligantur scilicet, ut æquabili contributione damnum resarciant *n. 2. h.* licet enim, posito periculo, pati quis debeat, ut in salutem communem, res suæ ejiciantur, attamen ut is solus damnum ferat, nulla æquitatis specie postulari potest, sed illud potius omnibus pro rata bonorum, imponi debet, hinc ipse etiam læsus in partem damni venire debet. Cæterum ut illa obligatio se exserat, requisita necessitatis, *Obs 414.* memorata, attendi debent. *Fatalis* ergo necessitas requiritur, alias ille solus damnum resarciet, à cujus voluntate id dependet. Debet quoque esse *communis*, nam si quis proprio periculo res suas amiserit, is ab aliis, ex aliquo merito, nihil repetere potest, humanitas tamen ipsi succurrere jubet. Denique *hoc medio periculum depulsum sit*, oportet, aliàs enim ejectio cæteris nihil profuit, hinc

ex

ex hoc capite obligari nequeunt, *n. 2. b.* Positis autem requisitis, dubio procul omnes ad contributionem tenentur *lit. S.* quia in salutem omnium ejectio facta est, utque damni restitutio recte fiat, rerum amissarum & servatarum justa ineunda est æstimatio, *lit. O.* qua in re determinationes positivæ multum valere possunt.

OBSERV. CCCCXVII.

Petitur hac collatio actione locati) Hæc redolent ambages processus Romani, nam aliàs certum est, quod læsus contra singulos habeat actionem efficacem, sed Romanis fere persuasum fuit, omnem actionem ex contractu esse repetendam. De cætero æquissimum est, ut servatæ merces tamdiu detineantur, donec læso satisfactum sit, nam aliàs vix damni restitutionem obtinebit, rebus enim per plures distractis, actio velut dissipatur, aut ob æstimationis, non facile deinceps ineundæ, defectum, inanis redditur.

OBSERV. CCCCXVIII.

Cessat hac contributio lit. C.) Ut damni restitutio peti queat, damnum debet esse datum, hinc si res ejectæ recuperentur, dubio procul contribuendi necessitas vel cessat vel diminuitur. Quo fine autem *AUTOR* sibi objiciat *l. 43. §. pen. de furt.* non satis assequor, forte tamen hoc intendit, res ejectas haberi pro derelictis, adeoque earum dominium amitti, & consequenter æstimationem illarum esse præstandam. Verum esto, quod res ejectæ habeantur pro derelictis, (de quo tamen, juxta liberam philosophiam, adhuc dubitari potest,) illa tamen derelictio non absolutè erit accipienda, certe eousque extendi non poterit,

ut rebus recuperatis ac à domino receptis, earum æſtimatio nihilominus ſit præſtanda.

OBSERV. CCCCXIX.

Hæc contributio etiam locum habet lit. SS.) De æquitate & extenſione Legis Rhodiæ peculiarem conſcripſit diſſertationem *AUTOR.* Licet verò deciſio, quam in caſibus ſimilibus ſuppeditant, non malè ſe habeat, quia tamen diſpoſitio L. Rhodiæ ſaltem ſubſumtio quædam eſt, ſeu concluſio ſpecialis, ex generali juris naturalis præcepto elicita, ideo id præjudicium, ex jure Romano hauſtum, redolet, quod in decidendis aliis caſibus, non ad fontem, ſed rivulum recurrant, quæ ſane juris Romani nimia, ac in opprobrium velut legis naturalis, facta æſtimatio cenſuram meretur.

OBSERV. CCCCXX.

Neque hic diſtinguendum, an quodammodo certum fuerit, dirutam domum nihilominus perituram nec ne) Mihi tamen ſic diſtinguendum eſſe videtur: vel *quis ſine juſta cauſa ædes diruit*, tum ad damnum ſarciendum tenetur, niſi forte, præter omnem intentionem, eò incendium pervenerit atque ita ædes nihilominus conflagraſſent, tunc enim dolus ſit inefficax *l. 7. §. 4. quod vi aut clam.* Vel ob *juſtam cauſam ſeu probabilem periculi metum*, hoc caſu diruens indiſtincte, ſive incendium eò pervenerit, ſive non, ex facto ſuo, ad damni reſtitutionem non eſt obligatus, quod enim lege permittente fit, injuſtum non eſt, nec damni reſtitutionem operatur, *l. 49. §. 1. ad L. aquil.* qui textus ſic optime componuntur. Licet autem diruens hoc, & aliquando, præcedenti caſu non teneatur, aliæ tamen eſt quæſtio, annon alii

damnum resarcire cogantur, ubi distinguendum erit, utrum *ille*, *cujus culpa incendium est exortum*, *sit solvendo*, hic omne damnum, quod vel incendium dedit, vel ejus extinguendi causa factum est, resarcire cogetur, *an solvendo non sit*, tum vicini, in quorum commodum ædes sunt destructæ, damnum restituere debent, si modo incendium aliàs probabiliter ædes destructas non consumsisset, quia enim tum destructio fuit medium cæteras conservandi, merito illi, quorum ædes servatæ, juxta consueta necessitatis jura, ad damni restitutionem erunt obligati, si vero, incendio latius evagante, nihilominus ædes illæ periissent, obligatio illa cessabit, damnum enim illud non tam ad aliorum utilitatem factum, quam potius fatale, & incendio datum, censeri debet, hinc nulla apparet ratio, quare alii fortuitum damnum luere debeant, ut hactenus omnino, secus ac sentit *AUTOR*, distinctio illa attendenda sit.

2. Cæterum, ut dicam, quod sentiam, jura illa per speculationem quidem ita possunt supponi, sed quoad applicationem, vix habebunt usum. Nam quod attinet obligationem destructoris, non facile ad liquidum satis deduci poterit, utrum justa, an injusta causa ædes destruxerit, sine hoc autem obligatio ejus non habebit effectum. Porro quod concernit eum, cujus facto incendium est exortum, uti sæpe de hoc plane non constat, adeoque de ejus obligatione quæri nequit, ita quando satis certus est, utplurimum tamen restituendo tam gravi damno impar est, hinc obligatio & actio est inanis. Denique nec quoad vicinos facilè quis expediet, in quorum utilitatem præcise destructio ædium cesserit, quare nec consta-

bit, tum quinam sunt obligati, tum quantum singuli præstare debeant, hinc etiam experientia testatur, quod illi, quibus vel incendium, vel ejus occasione, aliorum hominum factum, damnum dedit, utplurimum soli illud ferre cogantur, nisi fors amicorum humanitas ultroneo beneficio malum levaverit. Laudandæ igitur sunt ordinationes nonnullorum locorum, qui ejusmodi mala toti universitati imponunt ejusque membra ad aliquem damni emendationem obligant.

TIT. III.

DE INSTITORIA ACTIONE.

OBSERV. CCCCXXI.

I*Nstitor est)* Neque hic peculiaris contractus aut actio proponitur, sed solum docetur, quod ex contractu ejus, qui negotiationi terrestri præpositus est, is etiam teneatur, qui eum præposuit; quæ doctrina plane convenit cum illa, quam *tit. 1.* vidimus, sive spectemus decreta naturalia, sive otiosas fori Romani ambages. Nos brevi applicatione & fundamenta & utriusque doctrinæ convenientiam monstrabimus. Primo igitur expenditur *Institoris constitutio lit. D. C. S. P. O.* Deinde *contractuum ab institore initorum effectus*, hic respicit vel *Institorem*, qui agere & conveniri potest *lit. E.* vel *Præponentem*, qui *convenitur in solidum* actione institoria, quæ est ipsa actio ex contractu, daturque ob consensum *lit. D. C. S. P. O.* hinc accurate inquirendum, quousque dominus consenserit. In specie ex hoc fundamento judicandum, an institor literas cambii acceptare vel domini loco

eas

eas dare queat. Porro etiam ex contractu institoris, *contra alios agere potest* præponens, licet Romani per ambages hic iterum incesserint *lit. E. vid. Observ. 410.*

OBSERV. CCCCXXII.

Affirmans aliquem institorem esse, hoc probet lit. C.) Sed potest etiam quis per quasi contractum negotiorum gestionis, atque ita per consensum præsumtum, institor fieri, hinc ejus constitutio præsumetur, nec probanda erit! quod, nisi fallor, *AUTOR* vult ex objecta *l. 1. h. t.* Verum si quis, sine prævio domini consensu, alterius negotiationi se offerat, tum inter ipsum & dominum quidem ob administrationem nascitur obligatio & hactenus juxta hypotheses juris Romani, quasi contractus seu consensus præsumtus adest, quo respectu is etiam in *d. l. 1.* asseritur. Sed ut ex tali administratione, dominus inscius extraneis etiam obligetur, id quidem nulla æquitas permittit, hinc etiam hoc respectu nullus quasi contractus aut consensus præsumtus asseri potest. Breviter: adest consensus præsumtus ratione *gestoris* & *domini*, non etiam *domini* & *extranei*, hinc nisi hic constitutionem probet, nihil obtinet.

TIT. IV.

DE ACTIONE TRIBUTORIA.

OBSERV. CCCCXXIII.

EX contractibus servorum) Sex casus in jure civili occurrunt, in quibus actiones adjectitiæ qualitatis, quas vocant, moventur, quarum fundamenta *AUTOR* summatim hic exhibet. Paulo clarius forte sic dici poterit: Ex contractibus servorum vel filiorumfam. actio contra dominos & patres datur

vel ob *utilitatem*, tum actio induit nomen actionis de in rem verso, nec opus est, ut consensum præsumtum afferamus, nam sive velint, sive nolint, collata utilitas sufficit, ut actio ex contractu veniens, contra ipsos intentari queat; vel ob *consensum*, hic est vel *specialis*, quo contractus in specie suscipi jubetur, tum actio, sub nomine actionis quod jussu, se exserit, vel *generalis*, qui declaratur vel *præponendo* negotiationi maritimæ, unde exercitoriæ actionis, aut terrestri, hinc institoriae actionis nomen innotuit, vel *concedendo patrimonium* seu *peculium*, hæc concessio est vel *simplex*, ob hanc actio contractus sub nomine actionis de peculio movetur, vel *cum scientia negotiationis filialis aut servilis conjuncta*, tum obtinet actio tributoria.

Observ. CCCCXXIV.

Ob quam datur actio tributoria) Quando dominus servo peculium, vel Pater filio peculium profectitium concesserant, ac sciebant, quod servus aut filius in mercibus peculiaribus negotiarentur, tum creditoribus eatenus tenebantur, ut merces illas peculiares inter se & creditores distribuerent, ita quidem, ut ipsis jus deducendi illud, quod servis aut filiisfam. crediderant, non competeret, sed peculio omnibus non sufficiente, in partem damni venire, seu pro rata aliquid de suis debitis amittere cogerentur; sic enim consensum, quo concedendo peculium & permittendo negotiationem, in contractus censebatur consensisse, explicabat Prætor Romanus. Quodsi inique distribuissent, tum ad emendandam illam iniquitatem erant quoque obligati.

2. Sed

2. Sed illud quæritur, an *actione tributoria*, seu potius *actione ex contractu*, *sub hoc nomine movenda*, *utrumque*, *distributio* inquam *&* *distributionis dolosæ emendatio*, *fuerit petitum?* Negat hoc *AUTOR*, putatque, quod emendatio distributionis iniquæ hac actione saltem fuerit petita, *lit. D. N. C. S. P. O.* cujus sententiæ etiam alii sunt, ut *BACHOVIUS*, *WISSENBACIUS* & *HUBERUS*, censentes, distributionem ipsam autoritate Prætoris summario brevique processu fuisse peractam. Sed hæc sententia ab omni verisimilitudine videtur aliena, hinc omninò quæstionem affirmandam, ac primario *ipsam distributionem*, deinde vero *ejus emendationem*, si acciderit iniquitas, hac actione petitam fuisse censeo, *vid. HAHN ad Wesenbec. h. t.*

3. Nam (1) actio tributoria & de peculio elective concurrere dicitur, *§. 5. J. quod cum ei qui. l. 11. ff. h. t.* jam sicut actio de peculio ad divisionem debitique solutionem tendit, ita actionem tributoriam ad eundem quoque finem tendere, vi asserti illius concursûs, dicendum est. (2) quis credat, in casu simplicis concessionis, & ubi domino vel Patri jus deducendi debita propria competiit, creditores sua debita ordinario processu, instituta scilicet, sub nomine actionis de peculio, actione ex contractu, petiisse, sed in casu scientiæ dominicæ vel paternæ ac deficientis privilegii deductionis, eos levato velo processisse, ac sine actione ordinaria distributionem statim obtinuisse, cum tamen circumstantia scientiæ sæpe probatu videatur fuisse difficilis? Hinc (3) probabilius est, creditores plerumque duplicem intentionem, ut dominus vel sine, vel cum deductione solvat, ob difficul-

 tatem

tatem probandi, conjunxiſſe, ac prout deinceps ſcientia domini vel Patris probata fuit vel non, ita etiam litem diverſum habuiſſe exitum. Quodſi, ceſſante privilegio deductionis, Pater vel dominus latebras quærat, ac per indirectum iniqua diſtributione obtinere conetur, quod directo conſequi ipſi non licebat, tum denuo ad diſtributionis iniquæ correctionem agitur; Nec obſunt huic ſententiæ (4) textus oppoſiti, nam *l. 7. §. 2. h. t.* poſitive ſaltem dicit, quod ad corrigendam diſtributionem doloſam actio tributoria detur, de quo non controvertitur, *l. fin. h. t.* majorem quidem videtur cauſari difficultatem in verbis: *tributoria actione* tunc demum *agi poteſt, cum dominus, in diſtribuendo pretio mercis, Edicto Prætoris non ſatisfecit*, ſed cum vel in initio *d. l.* doceatur, quod perinde tributoria ad diviſionem agi ſoleat, ac actione de peculio, nec iſta agendi ratio reprehendatur, hinc dicendum eſt, quod verba ſequentia non præciſe definiant *caſum* tributoriæ inſtituendæ, ſed deſignent ſolum *tempus*, quo ratione *modi dividendi* agendum ſit, ut ſententia eo redeat; ſi agatur ad diviſionem debitique conſecutionem, arbitrium dividendi hactenus domino vel patri erit relinquendum, aſt ſi ex poſtfacto iniqua diſtributio appareat, *tunc demum* dividendi modus, actione tributoria impugnari poterit. Sed his pluribus immorari, forte operæ pretium non eſt.

Observ. CCCCXXV.

Quod Doctores etiam ad liberi hominis negotiationes extendunt lit. O.) Sed illa extenſio legulejos arguit conceptus, non enim ex concluſione ſpeciali, ſed ex principio generali ſimiles deciſiones ſunt repeten-

tendæ, hinc si homo liber plures exerceat negotiationes, singularumque intuitu peculiares habeat creditores, tum manifesta æquitas separationem bonorum imperat, aut, si jam separata sint, conjungi prohibet, iniquum enim foret, si alterius negligentia jus aliorum, propriâ vigilantiâ quæsitum, imminueret, nulla itaque cogit necessitas, ut ex hoc titulo auxilium quæramus.

TIT. V.

QUOD CUM EO, QUI IN ALIENA POTESTATE EST, NEGOTIUM GESTUM ESSE DICITUR.

OBSERV. CCCCXXVI.

ET *filiusfam. suo nomine)* Expenditur hic generatim effectus contractuum à filiofam. celebratorum quoad ipsum contrahentem. Interest scilicet, utrum *ut institor similisve administrator rerum paternarum contraxerit*, tum non aliter tenetur, quam quousque illa qualitas durat, ut *hæres* tamen Patris, dubio procul obligabitur, an *ut filiusfamilias*, hoc casu obligatur in solidum, quia & homo liber est, & suo nomine contraxit, nec videtur aliquid interesse, an peculium profectitium habeat nec ne, modò dolosè ad contrahendum non fuerit inductus. Quia tamen spe futuræ hæreditatis paternæ se obligavit, ideò si ex illis nihil vel modicum accipiat, æquum videtur, ut executio temperetur, atque hoc magis definiverunt leges Romanæ, concedendo *beneficium Competentiæ*, quodsi tamen longius tempus

à morte Patris elapsum sit, filiusque sat locuples deprehendatur, in solidum arbitrio judicis condemnari potest, *l. 4. §. 4. h. t.* nec dubitem, quin idem obtineat, si quovis tempore solvendo sit.

OBSERV. CCCCXXVII.

De hodierno jure) Cum hodie quoque filiifam. sint sub patria potestate, ac bonis propriis regulariter destituantur, non videtur dubitandum, quin dispositio Romana hodie quoque sit in usu. Hoc tamen forte diffitendum non est, jus Romanum præcipue pertinuisse ad filiosfam. peculio profectitio instructos, quales hodie raro occurrunt.

TIT. VI.

DE SENATUS CONSULTO MACEDONIANO.

OBSERV. CCCCXXVIII.

H*Oc SCtum est jus)* Licet filiifam. ex suis contractibus, &, posito imputationis fundamento, Patres eorum quoque inde obligentur, attamen publicæ utilitatis ratio Romanis exegisse visa est, ut, quoad mutuum pecuniæ, limitatio adderetur, hinc *SCtum Macedonianum prodiit.* Totus igitur hic titulus est de sensu *legis positivæ*, qui juxta solennes quæstiones traditur, de quibus multa dicere non attinet, cum passim ab interpretibus illa explicentur. Interim usus juris Romani hac in parte omnino agnoscendus est.

OBSERV. CCCCXXIX.

Quod hodie secus lit. O. n. 2.) Si Pater sit apud hostes, tum non opus est, ut SCti causam in pendenti esse dicamus, cum simpliciter filius exceptione uti queat, nam Pater captus regulariter non fit servus hostium, cum

cum illa servitus inter Christianos cesset, quodsi autem ab infidelibus captus sit, non eò magis suspensione illâ opus erit, licet enim apud ipsos hostes pro servo habeatur, attamen apud nos ille saltem *absentis* loco habetur, est enim illa impositio hostium à sola lege civili, quæ extra territorium obligare nequit, nam ineptam illam Romanorum de aliquo jure Gentium persuasionem, ac hinc ortas, non minus insulsas juris postliminii & Legis Corneliæ fictiones à Germanis esse receptas, nulla probabili ratione asseri potest, de quo alibi iterum agemus.

OBSERV. CCCCXXX.

Patribus non obstante l. 1. C. ne fil. pro patr. Lit. E. S.) Videtur quidem in dicto textu asseri, quasi Patres ex mutuo peculiotenus teneantur, sed potest etiam textus commode sic explicari, ut *regulam* cum *duplici exceptione* exhibeat, qua explicatione posita, nihil obest. Res fiet clarior, si cum brevi paraphrasi illum sistamus: *Neque ex* (contractu) *ejus*, *quem in potestate habet*, (addamus verba, quæ paulo post sequuntur) *amplius quam de peculio actionem sustinere cogitur*, (hæc est regula de obligatione Patris) *si sine ejus jussu contractum est*, (hæc prima est exceptio, nam hoc casu Pater tenetur in solidum) *neque si contra SCtum Macedonianum mutua pecunia data est*, (hoc casu plane non tenetur, hinc oritur altera exceptio, quæ planior fit, si particulam *si* omittas, quæ aliàs suspecta est. *vid. BRUNNEMAN. ad d. l. 1.*) De cætero hodie Pater raró opus habere videtur exceptione SCti Macedoniani, præsupponit enim filiosfam. peculia profectitia possidentes, quales hodie rarò occurrunt. Sepositis autem peculiis, neque ex

mutuo

mutuo, neque ullo alio contractu filii, jure communi Pater tenetur, nisi jussus, aut versio in ejus utilitatem, accesserit, deficit enim imputationis fundamentum, nec adeò indiget auxilio SCti Macedoniani.

OBSERV. CCCCXXXI.

Non etiam renunciatione, licet jurata, etiam de jure Canonico & secundum conscientiam) Ratio hujus asserti forte ita reddenda: *SCtum non prohibuit quidem mutuum*, hinc licite illud reddi potest, *prohibuit tamen, in odium fœneratorum, violentam exactionem*, hinc omnia illa media, quibus efficaciter filiumfam. adstringere voluit fœnerator, improbat, eademque, ob utilitatem publicam nomine quasi & consensu fœneratoris, remittit ac tollit, quo posito, solutionem recte negat filiusfam. nec tamen ejus conscientiam, vel obligatio naturalis, vel renunciatio, vel juramentum turbare potest, cum illa omnia, non secus ac si ipse fœnerator id suo consensu fecisset, autoritate publica sublata sint, si cui tamen illa non sufficiant eximendo scrupulo, is recte aget, si mutuum reddat, quia in genere hoc licet.

LIB. XV. TIT. I.

DE PECULIO.

OBSERV. CCCCXXXII.

H*Ic est quasi patrimonium)* Quemadmodum patria potestas maximam partem est ex jure civili, ita apud Romanos eam satis fuisse ab initio rigidam, nec valde à potestate dominica diversam, notum est. In specie utriusque potestatis effectus erat, ne servi & filiifam. proprii quid haberent, sed solum ex-

con-

conçessione dominorum & Patrum precariâ, nonnunquam res quasdam, â rationibus dominicis & paternis distinctas, possiderent, quæ *Peculii* nomine veniebant. Rigor ille semper mansit quoad servos, hinc vel nihil, vel peculia uniformia saltem tenebant. Sed quoad liberos, moribus, ut videtur, magis magisque mitescentibus, multum remissus est, hinc varietas Peculiorum exstitit, quicquid enim liberis occasione militiæ vel sagatæ vel togatæ obveniebat, illud pleno jure illi acquirebant ac ad exemplum Patrumfam. libere illud administrabant, hinc exortum *peculium militare* seu *castrense* & *Quasicastrense*. Amplius quicquid citra militiam, nec ex re patris, ipsis acquirebatur, ejus proprietas ad liberos, usufructus vero ad Patrem spectabat, hinc enatum est *Peculium adventitium regulare*, successu tamen temporis vel lege, vel voluntate relinquentium, in certis casibus usufructus Patri ademtus, hinc *Adventitium irregulare* innotuit. Quodsi vero vel ex re Patris, sine consideratione militiæ vel meritorum, aut Ejus occasione, liberis aliquid obveniat, illud in totum, juxta rigorem juris antiqui, ad Patrem pertinet nomenque *peculii profectitii* gerit, quæ omnia latius *AUTOR* persequitur, nobis vero fundamenta indicasse satis est.

OBSERV. CCCCXXXIII.

Ususfructus legitimæ, liberis necessariò relinquendæ, patri non potest adimi) Contrarium verius videtur, nam (1) pro libertate Matris est præsumtio; (2) cum legitima sit debitum legale, quod regulariter ad liberos pertinere volunt leges, hinc ea Matris intentio quam proxime ad legum mentem accedere videtur,

tur, quæ vult, ut quam plenissime liberi hac portione sua potiantur. Amplius si (3) mater liberos potest instituere sub conditione, *si Pater eos emancipaverit*, *l. 25. C. de inoffic. testam.* atque hac ratione huic usumfructum subtrahere, cur non etiam directè idem ei facere liceat? Sed non opus est, ut rationes afferamus, cum dissentientibus (4) probatio incumbat, hos enim probare oportet, matris libertatem heic esse restrictam, huic vero probando non sufficit *d. Nov. 117. c. 1.* neque enim, ut dissentientes eam accipiunt, in eâ legitima & cætera bona comparantur intuitu *ususfructus paterni*, ac matri, illius respectu, facultas adimendi negatur, horum verò asseritur, sed potius conferuntur saltem ratione *liberioris dispositionis quoad liberos*, hoc sensu: *legitima necessario liberis est relinquenda*, sed *cætera bona ipsis pro lubitu matris possunt dari & non dari.* Patet illud comparationis *Tertium*, & consequenter nostræ explicationis veritas ex rubrica: *ut liceat matri & aviæ, & aliis parentibus, post legitimam partem liberis derelictam, quomodo voluerint, residuam facultatem suam disponere.* Porro id patet ex *c. 1. sancimus igitur, licentiam esse & matri & aviæ aliisque parentibus, postquam reliquerint filiis partem, quæ lege debetur, quod reliquum est suæ substantiæ sive in solidum &c.* hæc inquam satis liquido ostendunt, Justiniano in mentem non venisse, legitimam & cætera bona comparare ratione ususfructus paterni, sed Eum hoc saltem egisse, ut, quid matri, liberorum intuitu, eo respectu liceat nec ne, ostenderet. Postquam adeo hoc discrimen asseruerat, deinde in verbis sequentibus *d. c. 1.* libertatem matris, quoad cætera bona, positivè amplius declarat, in-

inter alia adjiciens, posse etiam matrem Patri usumfructum in iis adimere, quo ipso non negatur, quin idem quoad Legitimam fieri queat, quia, ut hactenus probavimus, hoc respectu nulla est facta comparatio, hinc etiam verba sequentia: *Hæc enim & extraneis relinquere poterant, unde nulla parentibus utilitas nasceretur*, non ita sunt accipienda, quasi describant bona, in quibus usufructus Patri possit adimi, sed potius libertatem matris positive declarare, Patrique querendi causam adimere, censenda sunt. Atque hæc sententia in quibusdam dicasteriis etiam probata est, *vid.* BERLICH. *Dec. 137.* MEV. *p. 7. Decis. 356.* quamvis novissime sententiam AUTORI hic probatam etiam tueatur *Dn.* BERGER. *in resolut. h. qu. 2.*

OBSERV. CCCCXXXIV.

Idem dicendum de muneribus Patrinorum) Hæc sententia parum probabilis est, nam Pater quidem consideratur, sed saltem, ut status seu conditio infantis ejus persona judicetur, non autem, ut ei donetur. Alii pecuniam lustricam peculio quasi castrensi accensent, cum occasione baptismi, velut spiritualis militiæ, liberis obveniat, sed & hoc contortum est, nam ad actum illum sacrum pecunia non pertinet, sed in memoriam, ac nonnunquam quale quale auxilium, saltem datur. Est igitur maxime probabilis sententia, quæ illa munera peculio adventitio annumerat, quamvis, an usufructus Patri relinqui debeat, non adeo liquidum sit, sed utrumque probabiliter defendi posse videatur, *vid.* STRYCK *ad Brun. J. E. l. 2. c. 1. membr. 2. §. 13.*

OB-

OBSERV. CCCCXXXV.

Actio de peculio est personalis) Est ipsa actio ex contractu servi vel filiifam. descendens, quæ domino imputatur ob peculii concessionem, adjectitia qualitas est novum nomen, & solidam cognitionem non tam promovet, quam ab eadem potius abducit, quia etiam dominus & Pater non in solidum in contractus consenserunt, sed saltem peculiotenus, hinc actio de peculio, aut potius actio contractus, sub hoc nomine mota, non semper in solidum competere dicitur.

OBSERV. CCCCXXXVI.

Hæc actio hodie plus difficultatis, quam utilitatis habet) Diversitas peculiorum quoad filiosfam. omninò adhuc obtinet, illa tamen peculii profectitii species, quam Pater filio, ad separatam œconomiam vel negotiationem, concedebat, hodie incognita est, hinc cum & cessent peculia servorum, actio de peculio plane à foro exulat. Quodsi tamen casus concessi peculii prolixioris aliquando occurrat, etiam actio hæc locum inveniet, quamvis non opus sit, nomine actionis de peculio uti, sed ex contractu directe agi possit, allegata saltem imputationis causa, ceu circa actionem exercitoriam, institoriam, quod jussu & de in rem verso, ipsi Romani agnoverunt, *§. fin. J. quod cum eo qui.*

TIT. II.
QUANDO DE PECULIO ACTIO ANNALIS EST.

OBSERV. CCCCXXXVII.

A*ctio de peculio)* Est hæc quidem ipsa actio ex contractu, adeoque dubio procul tamdiu durat, quam-

quamdiu aliàs actio ex contractu durare solet, sed ideo tamen non semper contra Patrem vel dominum competit, quia imputationis fundamentum non semper durat. In specie hoc tollitur soluta potestate, sed id in puncto velut consistere non debet, cum creditores inde lædi queant, hinc Prætor aliquod spatium definivit, cujus tamen, ob antedicta, nulla hodie est utilitas.

TIT. III.

DE IN REM VERSO.

OBSERV. CCCCXXXVIII.

Actio de in rem verso) Est ipsa actio ex contractu, à filio, servo vel homine libero, in nostram utilitatem celebrato, resultans. Nomen actionis *de in rem verso* saltem accessit, eo verò carere possumus, quod multo magis de actione *directa* & *utili* dicendum. Fundamentum *existentiæ*, est ipse contractus, *imputationis* verò, *versio* seu *collata utilitas*, circa quam nonnunquam lubrica æstimatio occurrit, qua in re determinatio positiva quid valere potest, *lit. C.* Ut insuper ejus, contra quem actio datur, *consensum præsumtum* allegemus, opus non est, cum frustra exigatur consensus ejus, qui dissentire nequit. Positis & probatis his requisitis cum effectu agi potest, *lit. pr. S. P. O. In C.*

OBSERV. CCCCXXXIX.

Hic præventioni locus est lit. S.) Si duo in utilitatem domini contraxerint, versionem tamen actualem ab utraque parte impedierit casus, videbatur quidem dominus utrique obligatus, cum uterque utilitatem,

quantum in se fuit, contulerit, & damnum, quod dominus sentit, sit fatale, cum tamen hoc durius etiam videri queat, ideo lex civilis hoc ita temperavit, ut dominus uni, qui alterum prævenit, saltem sit obligatus, cui definitioni standum erit.

OBSERV. CCCCXL.

Non etiam fidejussori lit. S.) Ratio tamen JCti in *d. l. 18. h. t.* non valde urget, sed potius in circulum recurrere videtur. Et sane si fidejussor venditori solvat pecuniam pro re, quæ in utilitatem domini vendita ac versa est, tum meritum venditoris in fidejussorem transit, hinc ex eodem fundamento, quo ille, pecuniam merito repetit. Sed de hoc non valde laborandum, nam fidejussor solidum facile consequetur vel actione à venditore cessa, vel negotiorum gestorum. Imo hodie, ubi ante excussum debitorem principalem, fidejussor creditori solvere non solet, ista quæstio vel omnino non, vel rarissime occurret.

OBSERV. CCCCXLI.

Extinguitur jus hujus actionis lit. C.) Ipsa actio quidem non extinguitur, sed fundamentum imputationis, eo, quod versum erat, servis vel filiis reddito, tollitur, ut amplius contra dominum & Patrem actio institui nequeat, modo bona fide, non in præjudicium Creditorum, restitutio fuerit facta.

TIT. IV.

QUOD JUSSU.

OBSERV. CCCCXLII.

ACtio quod jussu) Hæc etiam est ipsa actio, quæ ex contractu servi, filiifam. & quandoque hominis libe-

liberi descendit ac novum saltem nomen sortitur, quia ob specialem consensum in alios datur. Occurrit ergo contractus ac consensus in illum. Præcipue ergo videndum, an consensus adsit & adhuc duret, præterea consensus ille non tantum approbationem contractus alieni, sed & propriam conventionem aliquando involvit, hinc consentiens & ex contractu alieno, sub nomine actionis quod jussu, & proprio, actione mandati conveniri potest, quæ juxta consueta capita *AUTOR* hic expendit.

OBSERV. CCCCXLIII.

Cum hac actione quandoque concurrit actio de peculio & de in rem verso, sed elective) Ita vulgo docere solent, sed accurate loquendo non concurrunt diversæ actiones, sed potius multiplex circa eundem contractum adest consensus vel similis imputandi causa, adeo ut una eademque actio, ob diversam causam, vel sub suo nomine proprio, vel novo aliquo adventitio, contra consentientem institui queat. Breviter: *non concurrunt diversæ actiones*, sed *unius actionis diversa nomina multiplexque imputandi fundamentum*, quod paulo distinctius, propter vulgare præjudicium, declarari meretur.

2. Equidem ille consensus quo quis aliquem negotiationi maritimæ & terrestri præponit, in eodem objecto concurrere nequit, hinc etiam, prout vulgaris habet stilus, actio exercitoria & institoria non concurrunt, sed cætera imputandi fundamenta concurrere possunt. Fac dominum præposuisse servum suum negotiationi terrestri, hic adest primus consensus, ipsi etiam dedisse peculium, tum existit secundus, deinde jussu ejus speciali mutuum accepisse servum,

hic eſt tertius, illudque in utilitatem negotiationis vertiſſe, hinc oritur quarta imputationis cauſa. His poſitis, vulgo contendunt, concurrere hic elective actionem inſtitoriam, de peculio, quod juſſu & de in rem verſo, ſed minus ſolide, rectius dixeris, adeſſe in exemplo allato unam actionem, nempe condictionem ex mutuo, ſed quæ ob quadruplicem cauſam, domino imputari queat, hinc prout viſum fuit, vel ſub nomine actionis inſtitoriæ, de peculio, quod juſſu aut de in rem verſo, vel, omiſſis illis nominibus adventitiis, ſub nomine proprio, allegatâ imputandi aliquâ cauſâ, eam contra dominum poſſe moveri.

3. Interim ad prudentiam actoris pertinet, ut illud imputandi fundamentum alleget, quod pleniſſimum & probatu facillimum eſt, hinc in allato exemplo rectiſſime urgebit *conſenſum ſpecialem*, hic enim dominum in ſolidum obligat, ac facilè probari poteſt. Parum prudenter autem ageret, ſi ad *peculii conceſſionem*, vel *verſionem* provocaret, quia illa difficilioris ſunt probationis, nec imputationem in ſolidum ſemper admittunt, nec recte ſatis *præpoſitionem* adduxerit, nam & circa eam diſputari poteſt, an usque ad mutui acceptionem produci queat. Atque illa fere ſuboluerunt *JUSTINIANO in* §. 5. *J. quod cum eo qui in alien.* licet perſpicue ſatis mentem non expreſſerit.

4. Aliquando etiam duplex imputandi fundamentum cumulativè concurrit, ac unum alteri ſurrogatur, hinc actio eadem duplex nomen ſimul gerit, diverſumque, pro ratione diverſi imputationis fundamenti, habet exitum. Caſus eſt in §. 4. *J. d. t.* ſci-

licet

licet servus, peculio instructus, decem aureos mutuo accepit, quinque in utilitatem domini vertit, quinque vero quolibet modo consumsit. Hic creditor actione ex mutuo, quinque simpliciter petit, ob versionem, & hactenus actio de in rem verso dicitur, quinque verò ex peculio petit & eatenus accipit, quatenus in peculio est, quia dominus largius non consensit, & hoc intuitu, actionis de peculio nomen occurrit. Rectissime itaque subjicitur: *Licet enim una sit actio* (nempe in casu allato, condictio ex mutuo) *qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur*, (quod duplex nomen ideo hic concurrit, quia duplex imputandi fundamentum adest, & utrumque à creditore in casu proposito urgeri debet) *tamen duas habet condemnationes*, quia nimirum fundamenta imputandi diversæ sunt indolis & efficaciæ. A veritate igitur & mente Cæsaris abludunt interpretes, quando contendunt, unam dici actionem ideo, quod conjunctim actio de peculio & de in rem verso proponi queat, ut præter alios *VINNIUS in not. ad d.* §. *4.* & *HUBERUS in posit. ad J. d. t. n. 24.* nec obsunt valde, quæ illi urgent, (1) *actionem de peculio deque in rem verso, diversas esse, res loquitur*, ait *HUBER*, imo potius res saltem loquitur, quod *collata utilitas*, & *concessio peculii* sint diversa, quodque adeo eadem actio, ob illam, actio de in rem verso, ob hanc verò, de peculio dici queat; (2) *cæterum actio de in rem verso, non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio*, ratiocinatur *VINNIUS*, sed inde non sequitur, quod duæ distinctæ actiones adsint, sed hoc saltem, quod eidem actioni utrumque nomen adscititium, non sit semper applican-

dum, sed sufficiat unum. Et ita est, pone in casu *d.* §. 4. servum omnia decem in utilitatem domini vertisse, hic omnia possunt peti actione de in rem verso, nec opus est nomine actionis de peculio, quodsi tamen servus peculium habeat, & creditori visum sit, ex eo potius debitum petere, hoc quoque ei licebit, hinc orietur actio de peculio; Sed inquire quæ illa sit, & deprehendes, quod sit illa ipsa condictio ex mutuo, quæ sub involucro actionis de in rem verso poterat etiam proponi, quodque adhuc verum sit effatum *d.* §. 4; *licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur.* Summa igitur eo redit: Una semper adest actio ex contractu, sed prout vel unum, vel multa imputandi fundamenta adsunt, ita vel unum, vel plura nomina adscititia, & quidem, prout fundamenta illa singula sufficiunt aut non, vel elective vel cumulative gerit.

5. Ex his etiam declarari potest discrimen *actionis negotiorum gestorum* & *de in rem verso*, de quo alias quæri solet, *vid. THOMAS. in not. ad Huber. d. n. 24.* nimirum illa nullum verum contractum præsupponit, sed ex utilitate immediate alicui collata resultat, ac contra ipsum solum competit, hæc autem verum contractum cum aliquo celebratum prærequirit & est ipsa actio ex contractu, daturque in contrahentem, quia tamen illud negotium in alius utilitatem quoque cessit, hinc actio vel sub nativo suo, vel adscititio actionis de in rem verso, nomine, ad hunc etiam porrigitur. Denique ex his liquet, quantas tricas, otiosa actionum nomina, in Jurisprudentia excitare soleant. Si enim contractus ab aliis celebrati, ac fundamentum, propter quod illi aliis imputari queant, nudo

spe-

ſpectentur, explicatio non adeò erit involuta, at poſtquam invaluere nomina illa actionis exercitoriæ, inſtitoriæ, quod juſſu &c. tum adjectitiæ qualitates, earumque fontes, nec non actionum illarum concurſus, ab interpretibus adſtrui cœperunt, quæ tamen & in ſe vana ſunt, & propriorem ſolidamque cognitionem impediunt.

LIB. XVI. TIT. I.
AD SENATUS CONSULTUM VELLEJANUM.

OBSERV. CCCCXLIV.

S*Ctum Vellejanum*) Cum fœminæ, perinde ac mares, uſu rationis gaudeant ac res proprias poſſideant, hinc liquet, quod ſepoſita lege civili, perinde illæ ex contractibus obligentur, ac mares, dummodo aliàs conventiones ſuis gaudeant requiſitis. Quia tamen illæ ad interceſſiones ſubeundas nimis proclives videbantur Romanis, hinc Sctum Vellejanum non tam prohibuit mulierum interceſſiones, prout *AUTOR* loquitur, quam potius mulieribus intercedentibus facultatem pœnitendi conceſſit, adeo ut facta interceſſio ob hanc cauſam nullius ſit valoris. Hanc igitur diſpoſitionem merè civilem & poſitivam *AUTOR* juxta conſueta capita explicat, circa quæ aliqua annotare non attinet, cum paſſim apud interpretes illa proſtent.

OBSERV. CCCCXLV.

Obſtatuta & jura contraria) Hæc approbanda eſſe puto, nam Sctum Vellejanum in vita civili nullam habet utilitatem, quod vel inde liquet, quod id, velut rem incommodam, plerumque mediante renun-

ciatione, è medio tollere conentur homines, & nulla est iniquitas, si fœmina ex intercessione feria obligetur, quod si enim dolo vel metu ad contrahendum sit inducta, tum jure communi tuta est. Sicut autem Sctum Vellejanum in vita civili nullum habet usum, ita è contrario in Jurisprudentia plures quæstiones dubias excitat, ac per consequens, ipsis negotiis humanis molestum est, hæc igitur si quis æqua æstimatione perpendat, facilè deprehendet, fortiores rationes pro sublatione quam conservatione illius Scti suppetere. In Saxonia, ubi ad exemplum pupillorum & minorum fœminæ sub Curatoribus agunt, Scti non videtur magnus usus, absque Curatore enim fœminæ neque ex intercessione, neque ex ullo alio alicujus momenti contractu obligantur, hinc auxilio Scti non indigent, si autem Curator accedat, tum plerumque renunciatio quoque interveniet.

TIT. II.
DE COMPENSATIONIBUS.

OBSERV. CCCCXLVI.

COmpensatio hic est) Potest etiam sic dici: *Est debiti ob aliud debitum reciprocum, sublatio, ab eo tempore, quo utrumque existit, ex communi mortalium affectu, autoritate legis, facta.* Nihil adeò hactenus spectatur, quam an *mutuum debitum* revera adsit, quod enim quædam debita, licet vera, non sint compensabilia, id à lege civili est, natura verò hujus actus omnia admittit.

OBSERV. CCCCXLVII.

Est vel perpetua vel temporalis) Hæc divisio accuratius paululum evolvi meretur. *Perpetua* compensa-

ſatio (quæ etiam *Plena* vel *Pura* dici poteſt) fit, quando ita debitum in creditum imputatur, ut ab eo ſtatim tempore, quo cœpit, utrumque ſit ſublatum, & creditori pro eo, quod ei alius debebat, cedat id, quod huic ipſe rurſus debet, & vice verſa reus propter id, quod actor ei debebat, retineat illud, quod actori viciſſim debet. *Temporalis* vero (quæ etiam *Minus plena* & *Mixta* dici poteſt) accidit, quando à tempore mutui debiti, neuter quidem ad ſolutionem præciſe tenetur, nec tamen utrique ſtatim in ſolutum cedit, quod alter alteri debet, ſed mutua iſta imputatio vel contributio non aliter exitum habet, quam debito reciproco, per prævium factum, in ſui æſtimationem, reſoluto. *Prior* actoris & rei prætenſionem in perpetuum excludit, ſed *poſterior* ſaltem jus dat Reo, negandi ſolutionem actori, donec hic ratione debiti reciproci, illi ſatisfecerit, quodſi igitur haut placeat, debita mutua in ſui æſtimationem reſolvere ac reciproca imputatione defungi, tum à conditione compenſandi plane receditur, ac unusquisque alteri debitum proprium exſolvit, obligationesque adeò non compenſatione finali, ſed vera ſolutione tolluntur, quo ipſo Compenſationis hujus temporalitas ſatis apparet. Quando igitur vel plena vel minus plena compenſatio locum habeat, ex *objecto* apparet. Nimirum ſi de debiti reciproci pretio, mutuaque ejus habitudine ſtatim conſtet, plena compenſatio obtinet. Si vero debiti mutui pretium ejusque proportio non ſtatim appareat, minus plena locum habet. Debita autem quoad quantitatem æqualia, non præciſe requiri, facile liquet, cum ſufficiat, quod in ſumma concurrente poſſit fieri com-

pensatio. Ita dicendum, si solam Compensationis naturam spectes, nam an leges quædam debita hic plane removeant, postea erit videndum.

OBSERV. CCCCXLVIII.

Fit ab ipsa lege) Mutua illa debiti creditique contributio non demum fit, quando reus in judicio compensationem allegat, sed adest, simulac mutuum debitum existit, hinc compensatio *ipsa lege* seu *ipso jure* fieri dicitur, quasi scilicet, debitore & creditore non cogitantibus, ipsa lex mutuam illam imputationem peragat. Nonnulla autem hic notari merentur: (1) *ipsum jus* hic non esse nomen inane, aut hodie otiosum, prout quidem est, si v. gr. obligatio ipso jure, vel ope exceptionis tolli dicitur, cum præsenti in re, nominis illius effectus satis appareat; (2) *ipsum* illud *jus* non esse merè Romanum, sed hanc potius cujusvis debitoris intentionem & votum esse, ut à tempore reciproci debiti liberetur, quare lex Romana commune illud omnium gentium desiderium in sua civitate saltem expressit, quodsi id factum non esset, nihilominus ex natura rei hoc litigantes ostenderent; (3) non tantum compensationem plenam, sed & minus plenam *ipso jure* fieri posse, si naturam rei consideres, de illa non est dubium, sed & idem de hac dici debet, cum enim mutuum adsit debitum, rationis est, ut ab initio utriusq; ratio habeatur, ac unum alteri opponatur, plena tamen utriusq; imputatio aut peremtio non antea effectum habet, quam prævia æstimatione utriusque pretium & proportio fuerit ostensa. Ea tamen omnia (4) non aliter locum habent, quam si velit ille, cujus interest, quamvis igitur compensatio non demum fiat ab eo tempore, quo allegatur, attamen

men non aliter fit, quam ſub conditione voluntatis debitoris; quamdiu itaque de hac non conſtat, res omnis eſt in ſuſpenſo, exiſtente verò hac conditione, compenſatio retro fit à tempore mutui debiti.

2. Non opus eſt illi rei adſtruendæ operoſa probatione, nam regulariter nemo tenetur ſuo jure præciſe uti, ſed liberum ei eſt, eo uti & non uti, merito igitur etiam in compenſatione illa libertas præſumitur, maxime cum à poſteriori liquidò conſpiciatur, nam ſi v. gr. actor à me petat centum, qui tantundem mihi quoque debeat, quis mihi vitio vertet, ſi ſciens & prudens exceptionem compenſationis omittam, ac ſoluto debito, peculiari actione rurſus exigam, quod mihi debetur? Lex ſane inepta cenſeri debet, quæ ejusmodi in caſibus libertati obicem poneret. Imò ſi rem recte expendamus, *ipſum jus*, quod compenſationem facit, hic non tam habet rationem legis, quam potius vicem ſaltem debitoris ſubit. Cum enim Romani deprehenderent, naturam mutui debiti admittere, ut ſtatim ejus compenſatio fieret, perſona tamen eam per agens videretur neceſſaria, ſed debitor ipſe, utpote de hac re nondum actu ſollicitus, adduci non poſſet, ideo voluerunt Romani ipſam Legem ſeu Legislatorem nominare, qui adeo hic non intervenit ut Legislator, ſed ut voluntatis affectusque privati interpres, ac ideo nullam imponit neceſſitatem. Uſus hujus obſervationis infra circa effectum ſe exſeret. Interim alii alios de ipſo jure habent conceptus. Sic *EBERTUS* in tractatu *de Eo, quod fit ipſo jure*, (quem per modum Diſputationis inauguralis ſub *Præſ. Dn. STRYKII Francof.* 1685. luci publicæ expoſuit,) *membr.* 2. *Sect.* 2. §. 34. *p.* 533. contendit: *effectum*

Com-

Compenſationis ipſo jure peracta eſſe, ut debitores & Creditores inviti teneantur pati, quo utriusque debitum & creditum, momento orientis ab altera parte debiti, compenſatione tollatur, cujus aſſerti & cauſam & veritatem amplius ibidem oſtendere nititur, ſed mihi nihil perſuadet.

OBSERV. CCCCXLIX.

Propter æquitatem lit. C.) Æquitas illa manifeſta eſt, nam ſi quis creditori ſuo, qui ipſi viciſſim aliquid verè & liquido debebat, præciſe ſolvere cogeretur, tum utique læſionem ſentiret, quia id, quod in effectu jam ſolvit, denuo præſtaret, & licet eo nomine jus exigendi ei competat, attamen paria non ſunt; *rem retinere & ambiguo ſumtuoſoque proceſſu amiſſam recuperare.* Non minus tamen liquidum eſt, quod æquitas illa non ſit *abſoluta*, ſed *hypothetica*, quæ circumſtantias præſupponat, quibus mutatis vel ſublatis, illa ceſſet. Quodſi igitur debitor conſentiat, tum lex naturalis compenſationem non præcipit, idem eſt, ſi ob publicam utilitatem, loco debitoris lex civilis velut conſentiat, ex quo fundamento omnes exceptiones fluunt, ubi poſitis licet compenſandi requiſitis, compenſatio tamen ceſſat, quamvis forte in omnibus caſibus, leges poſitivæ à pravis reſpectibus non penitus queant abſolvi.

OBSERV. CCCCL.

Secus eſt, ſi tempore juramenti mutuum adfuerit debitum lit. S.) Præſuppoſitis Compenſationis fundamentis, deinde *AUTOR* generaliter debitâ compenſanda expendit, dum varios refert caſus, quibus compenſatio locum habeat vel ceſſet. In ſpecie docet (1) *quod is, qui ſe ſoluturum juravit, tamen com-*

compensare queat, si post juramentum, ex altera parte debitum superveniat, censetur enim jurasse, *rebus sic stantibus*, solvam tibi, si solus debitor mansero, sed si tu ex postfacto meus quoque debitor evadas, tum facultate compensandi me neutiquam abdicavi; (2) *is vero compensare nequeat, qui cum mutuum debitum jam adesset, se soluturum juravit*, hic enim sat manifeste juri compensandi renunciavit. Ultimæ huic assertioni objicit *c. 7. 2. X. de jurejur.* Sed prior textus potius primæ obstat, ceu recte ipsum quoque accepit *Dn. BERGER in resolut. b.* posterior verò secundæ, quem tamen *HIC* sine responsione transmisit. Breviter dici potest; in *d. c. 7.* contineri exceptionem à regula *AUTORIS* prima, ratio vero ejus est: quod debitor creditoris debitum reciprocum secuturum sciret, hinc dum, stante hac probabili scientia, se soluturum juravit, ob superveniens debitum antea prævisum, compensare nequit. Ex *d. c. 2.* autem colligi posse videtur, quod compensatio locum habeat, licet quis, mutuo debito existente, se soluturum juraverit, secus ac præcipiebat *AUTOR* in secunda regula. Verum loquitur *d. c.* de compensatione *impropria* & *apparente*, à qua ad *veram* inferre non licet. Nimirum qui per metum, licet juratò, promisit, ille plane non obligatur efficaciter, sed alii hoc sub figura compensationis proponunt, dicendo: coactum quidem obligari ad solvendum promissum, sed cogentem vicissim obstringi ad id restituendum, hinc obligationes has se mutuo perimere, ac coactum velut compensatione liberari, juxta hæc igitur compensatio obtinet, licet quis mutuo debito existente se soluturum juraverit, sed ut diximus, nec vera obli-

ligatio coacti, nec adeo vera compensatio hic subest.

OBSERV. CCCCLI.

Ex Kalendario lit. S.) Per hoc intelligi librum, in quem pecuniæ fœneratitiæ fuerint collatæ, dicit *BRUNNEMAN ad d. l. 3. C. h. t.* Nomen autem Kalendarii inde originem habet, quod usuræ singulis Calendis exigendæ solvendæque illi libro fuerint inscriptæ. *v. l. 41. §. 6. de Legat. 3. l. 41. de reb. cred. l. 18. §. 2. de muner. & honor. l. 9. §. 7. de admin. rer. ad civit. pertinent. GERHARD. NOODT de fœn. & usur. l. 2. c. 1.*

OBSERV. CCCCLII.

Compensatio tamen, quæ ante cessionem obstabat domino, obstat etiam cessionario lit. S.) Quod verum est, licet omnia cedentis bona, ac in specie etiam nomen cessum, cessionario fuerint oppignorata, antequam cedens debitori cesso rursus aliquid debere cœperit, cujus ratio est, quod hypotheca generalis non impediat, quo minus debitor res quasdam alienet, à debitoribus suis debita exigat, exactamque pecuniam consumat, ac vice versa ipsis valide obligetur, quæ obligationes adeo, post cessionem factam, cessionario eidemque creditori hypothecario quoque oberunt, de quo plura annotavit *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 1.*

OBSERV. CCCCLIII.

Compensari potest quod debet hæres cum eo, quod debebatur defuncto, licet hæreditas cum beneficio inventarii fuerit adita lit. S.) Nam dum hæres ex persona defuncti agit, eo ipso satis testatur, quod ejus personam repræsentare velit, hinc inventarium amplius

repræ-

repræsentationem non impedit, sed securitatis gratiâ hactenus saltem confectum est. Quæ autem mox subjiciuntur: *modo solvendo sit, aliàs hoc tantum pro quantitate hæreditatis procedit*, illa ad casum præcedentem non quadrant, quando enim defunctus fuit creditor, ac ex ejus jure agitur, tum de viribus hæreditatis non est quærendum. Præsupponit igitur illa limitatio casum inversum, ubi hæres, velut creditor, ex jure proprio agit, eidemque ex persona defuncti, velut debitoris, compensatio opponitur, hanc eatenus pati debet, quatenus hæreditas solvendo est, hinc textus ita suppleri debet: *item quod debetur hæredi cum eo, quod debebat defunctus, modo solvendo sit &c.*

OBSERV. CCCCLIV.

Fit compensatio in rebus, non etiam factis lit. O.) Specialius nunc requisita debitorum compensandorum *AUTOR* persequitur, circa quam doctrinam, in memoriam probe revocandum est, quod ille non de omni, sed *perpetua* saltem compensatione, quæ scilicet non tántum à lege fit, sed & sine prævio æstimationis facto, exitum habere debet, secundum ea, quæ *observ. 447.* diximus, loquatur, quo sensu etiam verissima est doctrina, nam illa compensatio utique talia debita præsupponit, quorum æstimatio, sine ulteriori taxatione, jam patet. Male igitur *AUTOR* à nonnullis, qui compensationem etiam quoad species defendunt, dissentientibus accensetur, nam compensationem *temporalem* in omnibus debitis veris & puris Idem admittit, ceu infra videbimus. De cætero facile patet, quare in factis non admittatur compensatio, nam si ego factum, quod alteri præstare debebam, omittam ac velut

pense

penes me retineam, tum non consequor illam utilitatem, quam per alterius factum intendebam, sicut vice versa alter, omissione sui facti, commodum meo facto ipsi conciliandum non obtinet, breviter: *In factis non obtinet functio*, nec idem est, *suum factum retinere & ab altero præstitum accipere.*

OBSERV. CCCCLV.

Ubi compensari docet eandem speciem utrinque debitam lit. O. n. 4. in fin.) V. gr. Promisisti mihi usumfructum fundi Tusculani, idem ususfructus tibi legatur ab eo, cui ego successi, hic compensatione defungi nobis licet, ut neuter aliquid præstet. Displicet quidem illa *STRAUCHII* sententia *AUTORI in tract. Synopt. de compens. §. 8.* & *Dn. THOMASIO in not. ad. Strauch. d. l.* sed mihi verissima videtur, nam adest mutuum debitum, præterea unusquisque retinet quod alteri præstare debebat, unusquisque enim nostrum pecunia data usumfructum redimere, ac alteri ex obligatione sua præstare debebat, quam pecuniam, interveniente compensatione, lucramur. Non obest, si dicas, *in compensatione requiri debita numero diversa*, nam talia hic adsunt, sive debitum formaliter, pro ipsa obligatione, sive materialiter pro re debita accipias, ceu ex modo dictis liquet, vel, *in compensatione opus esse, ut unusquisque rem debitam retineat, hic autem neutrum aliquid retinere*, nam ita saltem videtur, cum uterque potius pecuniam, quam in speciei debitæ comparationem expendere debuisset, lucretur. Est sane hæc sententia longè probabilior, quam si *confusionem* in dicto casu asserere velis, nam illa præsupponit jus & obligationem unicam, quæ si in eodem

sub-

ſubjecto concurrant, evaneſcunt, aſt hic mutuum jus & mutua obligatio adeſt, quæ non confuſione, ſed compenſatione tolluntur.

OBSERV. CCCCLVI.

Ita compenſet verus debitor injuria judicis abſolutus lit. O. n. 5.) Aut erratum typographicum hic ſubeſt, aut *AUTOR* mentem non ſatis feliciter expreſſit, cum potius dicendum fuiſſet: *Ita compenſetur contra verum debitorem injuria judicis abſolutum,* quod ex *tractat. Synopt. h.* etiam ſatis liquet. De cætero falſam puto illam ſententiam, non abſolutus propter autoritatem rerum judicatarum, ad aliquem effectum externum plane non eſt amplius obligatus, quod etiam obſtans *l. 2. C. h. t.* ſatis oſtendit, ad quam neque *AUTOR,* neque ullus alius ſolide reſpondebit, hinc ſi abſolutus ex alio capite contra priſtinum creditorem agat, exceptionem compenſationis, ob debitum abſolutione peremtum, pati non debet. Nec obſtant *l. 60. de cond. indeb. & l. 8. §. 1. rat. rem. hab.* nam in illis ſpecialem contineri caſum, ſupra *Obſerv. 363.* pluribus oſtendi.

OBSERV. CCCCLVII.

Non etiam in depoſiti directa actione, cum res vel æſtimatio petitur lit. O) Si res ipſa depoſita petatur, aſſertio certa eſt, ſed ſi rei ipſa peremtæ æſtimatio exigatur, tum nihil obſtat, quo minus actori depoſitarius compenſationem opponat. Sententia contraria ex falſa hypotheſi, quam forte nec ipſe *AUTOR* ſatis alias probat, hic tamen per incuriam quandam ſequitur, reſultat. Nimirum vulgò fere credunt, quaſi quoad ſpecies, nulla plane locum habeat compenſatio, cum igitur actio depoſiti à lege compenſandi ſpeciatim

ciatione, è medio tollere conentur homines, & nulla est iniquitas, si fœmina ex intercessione seria obligetur, quod si enim dolo vel metu ad contrahendum sit inducta, tum jure communi tuta est. Sicut autem Sctum Vellejanum in vita civili nullum habet usum, ita è contrario in Jurisprudentia plures quæstiones dubias excitat, ac per consequens, ipsis negotiis humanis molestum est, hæc igitur si quis æqua æstimatione perpendat, facilè deprehendet, fortiores rationes pro sublatione quam conservatione illius Scti suppetere. In Saxonia, ubi ad exemplum pupillorum & minorum fœminæ sub Curatoribus agunt, Scti non videtur magnus usus, absque Curatore enim fœminæ neque ex intercessione, neque ex ullo alio alicujus momenti contractu obligantur, hinc auxilio Scti non indigent, si autem Curator accedat, tum plerumque renunciatio quoque interveniet.

Tit. II.
DE COMPENSATIONIBUS.

Observ. CCCCXLVI.

Compensatio hic est) Potest etiam sic dici: *Est debiti ob aliud debitum reciprocum, sublatio, ab eo tempore, quo utrumque existit, ex communi mortalium affectu, autoritate legis, facta.* Nihil adeò hactenus spectatur, quam an *mutuum debitum* revera adsit, quod enim quædam debita, licet vera, non sint compensabilia, id à lege civili est, natura verò hujus actus omnia admittit.

Observ. CCCCXLVII.

Est vel perpetua vel temporalis) Hæc divisio accuratius paululum evolvi meretur. *Perpetua* compensa-

ſatio (quæ etiam *Plena* vel *Pura* dici poteſt) fit, quando ita debitum in creditum imputatur, ut ab eo ſtatim tempore, quo cœpit, utrumque ſit ſublatum, & creditori pro eo, quod ei alius debebat, cedat id, quod huic ipſe rurſus debet, & vice verſa reus propter id, quod actor ei debebat, retineat illud, quod actori viciſſim debet. *Temporalis* vero (quæ etiam *Minus plena* & *Mixta* dici poteſt) accidit, quando à tempore mutui debiti, neuter quidem ad ſolutionem præciſe tenetur, nec tamen utrique ſtatim in ſolutum cedit, quod alter alteri debet, ſed mutua iſta imputatio vel contributio non aliter exitum habet, quam debito reciproco, per prævium factum, in ſui æſtimationem, reſoluto. *Prior* actoris & rei prætenſionem in perpetuum excludit, ſed *poſterior* ſaltem jus dat Reo, negandi ſolutionem actori, donec hic ratione debiti reciproci, illi ſatisfecerit, quodſi igitur haut placeat, debita mutua in ſui æſtimationem reſolvere ac reciproca imputatione defungi, tum à conditione compenſandi plane receditur, ac unusquisque alteri debitum proprium exſolvit, obligationesque adeò non compenſatione finali, ſed vera ſolutione tolluntur, quo ipſo Compenſationis hujus temporalitas ſatis apparet. Quando igitur vel plena vel minus plena compenſatio locum habeat, ex *objecto* apparet. Nimirum ſi de debiti reciproci pretio, mutuaque ejus habitudine ſtatim conſtet, plena compenſatio obtinet. Si vero debiti mutui pretium ejusque proportio non ſtatim appareat, minus plena locum habet. Debita autem quoad quantitatem æqualia, non præciſe requiri, facile liquet, cum ſufficiat, quod in ſumma concurrente poſſit fieri com-

penſatio. Ita dicendum, ſi ſolam Compenſationis naturam ſpectes, nam an leges quædam debita hic plane removeant, poſtea erit videndum.

OBSERV. CCCCXLVIII.

Fit ab ipſa lege) Mutua illa debiti creditique contributio non demum fit, quando reus in judicio compenſationem allegat, ſed adeſt, ſimulac mutuum debitum exiſtit, hinc compenſatio *ipſa lege* ſeu *ipſo jure* fieri dicitur, quaſi ſcilicet, debitore & creditore non cogitantibus, ipſa lex mutuam illam imputationem peragat. Nonnulla autem hic notari merentur: (1) *ipſum jus* hic non eſſe nomen inane, aut hodie otioſum, prout quidem eſt, ſi v. gr. obligatio ipſo jure, vel ope exceptionis tolli dicitur, cum præſenti in re, nominis illius effectus ſatis appareat; (2) *ipſum* illud *jus* non eſſe merè Romanum, ſed hanc potius cujusvis debitoris intentionem & votum eſſe, ut à tempore reciproci debiti liberetur, quare lex Romana commune illud omnium gentium deſiderium in ſua civitate ſaltem expreſſit, quodſi id factum non eſſet, nihilominus ex natura rei hoc litigantes oſtenderent; (3) non tantum compenſationem plenam, ſed & minus plenam *ipſo jure* fieri poſſe, ſi naturam rei conſideres, de illa non eſt dubium, ſed & idem de hac dici debet, cum enim mutuum adſit debitum, rationis eſt, ut ab initio utriusq; ratio habeatur, ac unum alteri opponatur, plena tamen utriusq; imputatio aut peremtio non antea effectum habet, quam prævia æſtimatione utriusque pretium & proportio fuerit oſtenſa. Ea tamen omnia (4) non aliter locum habent, quam ſi velit ille, cujus intereſt, quamvis igitur compenſatio non demum fiat ab eo tempore, quo allegatur, attamen

men non aliter fit, quàm sub conditione voluntatis debitoris, quamdiu itaque de hac non constat, res omnis est in suspenso, existente verò hac conditione, compensatio retro fit â tempore mutui debiti.

2. Non opus est illi rei adstruendæ operosa probatione, nam regulariter nemo tenetur suo jure præcise uti, sed liberum ei est, eo uti & non uti, merito igitur etiam in compensatione illa libertas præsumitur, maxime cum â posteriori liquidò conspiciatur, nam si v. gr. actor â me petat centum, qui tantundem mihi quoque debeat, quis mihi vitio vertet, si sciens & prudens exceptionem compensationis omittam, ac soluto debito, peculiari actione rursus exigam, quod mihi debetur? Lex sane inepta censeri debet, quæ ejusmodi in casibus libertati obicem poneret. Imò si rem recte expendamus, *ipsum jus*, quod compensationem facit, hic non tam habet rationem legis, quam potius vicem saltem debitoris subit. Cum enim Romani deprehenderent, naturam mutui debiti admittere, ut statim ejus compensatio fieret, persona tamen eam per agens videretur necessaria, sed debitor ipse, utpote de hac re nondum actu sollicitus, adduci non posset, ideo voluerunt Romani ipsam Legem seu Legislatorem nominare, qui adeo hic non intervenit ut Legislator, sed ut voluntatis affectusque privati interpres, ac ideo nullam imponit necessitatem. Usus hujus observationis infra circa effectum se exseret. Interim alii alios de ipso jure habent conceptus. Sic *EBERTUS* in tractatu *de Eo, quod fit ipso jure*, (quem per modum Disputationis inauguralis sub *Præs. Dn. STRYKII Francof. 1685.* luci publicæ exposuit,) *membr. 2. Sect. 2. §. 34. p. 533.* contendit: *effectum*

Com-

Compensationis ipso jure peracta esse, ut debitores & Creditores inviti teneantur pati, quo utriusque debitum & creditum, momento orientis ab altera parte debiti, compensatione tollatur, cujus asserti & causam & veritatem amplius ibidem ostendere nititur, sed mihi nihil persuadet.

OBSERV. CCCCXLIX.

Propter aequitatem lit. C.) Æquitas illa manifesta est, nam si quis creditori suo, qui ipsi vicissim aliquid verè & liquido debebat, præcise solvere cogeretur, tum utique læsionem sentiret, quia id, quod in effectu jam solvit, denuo præstaret, & licet eo nomine jus exigendi ei competat, attamen paria non sunt; *rem retinere* & *ambiguo sumtuosoque processu amissam recuperare*. Non minus tamen liquidum est, quod æquitas illa non sit *absoluta*, sed *hypothetica*, quæ circumstantias præsupponat, quibus mutatis vel sublatis, illa cesset. Quodsi igitur debitor consentiat, tum lex naturalis compensationem non præcipit, idem est, si ob publicam utilitatem, loco debitoris lex civilis velut consentiat, ex quo fundamento omnes exceptiones fluunt, ubi positis licet compensandi requisitis, compensatio tamen cessat, quamvis forte in omnibus casibus, leges positivæ à pravis respectibus non penitus queant absolvi.

OBSERV. CCCCL.

Secus est, si tempore juramenti mutuum adfuerit debitum lit. S.) Præsuppositis Compensationis fundamentis, deinde *AUTOR* generaliter debita compensanda expendit, dum varios refert casus, quibus compensatio locum habeat vel cesset. In specie docet (1) *quod is, qui se soluturum juravit, tamen com-*

compensare queat, si post juramentum, ex altera parte debitum superveniat, censetur enim jurasse, *rebus sic stantibus*, solvam tibi, si solus debitor mansero, sed si tu ex postfacto meus quoque debitor evadas, tum facultate compensandi me neutiquam abdicavi; (2) *is vero compensare nequeat, qui cum mutuum debitum jam adesset, se soluturum juravit*, hic enim sat manifeste juri compensandi renunciavit. Ultimæ huic assertioni objicit *c. 7. 2. X. de jurejur.* Sed prior textus potius primæ obstat, ceu recte ipsum quoque accepit *Dn. BERGER in resolut. h.* posterior verò secundæ, quem tamen *HIC* sine responsione transmisit. Breviter dici potest; in *d. c. 7.* contineri exceptionem à regula *AUTORIS* prima, ratio vero ejus est: quod debitor creditoris debitum reciprocum secuturum sciret, hinc dum, stante hac probabili scientia, se soluturum juravit, ob superveniens debitum antea prævisum, compensare nequit. Ex *d. c. 2.* autem colligi posse videtur, quod compensatio locum habeat, licet quis, mutuo debito existente, se soluturum juraverit, secus ac præcipiebat *AUTOR* in secunda regula. Verum loquitur *d. c.* de compensatione *impropria* & *apparente*, à qua ad *veram* inferre non licet. Nimirum qui per metum, licet juratò, promisit, ille plane non obligatur efficaciter, sed alii hoc sub figura compensationis proponunt, dicendo: coactum quidem obligari ad solvendum promissum, sed cogentem vicissim obstringi ad id restituendum, hinc obligationes has se mutuo perimere, ac coactum velut compensatione liberari, juxta hæc igitur compensatio obtinet, licet quis mutuo debito existente se soluturum juraverit, sed ut diximus, nec vera obli-

ligatio coacti, nec adeo vera compensatio hic subest.

OBSERV. CCCCLI.

Ex Kalendario lit. S.) Per hoc intelligi librum, in quem pecuniæ fœneratitiæ fuerint collatæ, dicit *BRUNNEMAN ad d. l. 3. C. h. t.* Nomen autem Kalendarii inde originem habet, quod usuræ singulis Calendis exigendæ solvendæque illi libro fuerint inscriptæ. *v. l. 41. §. 6. de Legat. 3. l. 41. de reb. cred. l. 18. §. 2. de muner. & honor. l. 9. §. 7. de admin. rer. ad civit. pertinent. GERHARD. NOODT de fœn. & usur. l. 2. c. 1.*

OBSERV. CCCCLII.

Compensatio tamen, quæ ante cessionem obstabat domino, obstat etiam cessionario lit. S.) Quod verum est, licet omnia cedentis bona, ac in specie etiam nomen cessum, cessionario fuerint oppignorata, antequam cedens debitori cesso rursus aliquid debere cœperit, cujus ratio est, quod hypotheca generalis non impediat, quo minus debitor res quasdam alienet, à debitoribus suis debita exigat, exactamque pecuniam consumat, ac vice versa ipsis valide obligetur, quæ obligationes adeo, post cessionem factam, cessionario eidemque creditori hypothecario quoque obveniunt, de quo plura annotavit *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 1.*

OBSERV. CCCCLIII.

Compensari potest quod debet hæres cum eo, quod debebatur defuncto, licet hæreditas cum beneficio inventarii fuerit adita lit. S.) Nam dum hæres ex persona defuncti agit, eo ipso satis testatur, quod ejus personam repræsentare velit, hinc inventarium amplius

repræ-

repræsentationem non impedit, sed securitatis gratiâ hactenus saltem confectum est. Quæ autem mox subjiciuntur: *modo solvendo sit, aliàs hoc tantum pro quantitate hereditatis procedit*, illa ad casum præcedentem non quadrant, quando enim defunctus fuit creditor, ac ex ejus jure agitur, tum de viribus hæreditatis non est quærendum. Præsupponit igitur illa limitatio casum inversum, ubi hæres, velut creditor, ex jure proprio agit, eidemque ex persona defuncti, velut debitoris, compensatio opponitur, hanc eatenus pati debet, quatenus hæreditas solvendo est, hinc textus ita suppleri debet: *item quod debetur heredi cum eo, quod debebat defunctus, modo solvendo sit &c.*

OBSERV. CCCCLIV.

Fit compensatio in rebus, non etiam factis lit. O.) Specialius nunc requisita debitorum compensandorum *AUTOR* persequitur, circa quam doctrinam, in memoriam probe revocandum est, quod ille non de omni, sed *perpetua* saltem compensatione, quæ scilicet non tántum à lege fit, sed & sine prævio æstimationis facto, exitum habere debet, secundum ea, quæ *observ. 447.* diximus, loquatur, quo sensu etiam verissima est doctrina, nam illa compensatio utique talia debita præsupponit, quorum æstimatio, sine ulteriori taxatione, jam patet. Male igitur *AUTOR* à nonnullis, qui compensationem etiam quoad species defendunt, dissentientibus accensetur, nam compensationem *temporalem* in omnibus debitis veris & puris Idem admittit, ceu infra videbimus. De cætero facile patet, quare in factis non admittatur compensatio, nam si ego factum, quod alteri præstare debebam, omittam ac velut

penes

penes me retineam, tum non consequor illam utilitatem, quam per alterius factum intendebam, sicut vice versa alter, omissione sui facti, commodum meo facto ipsi conciliandum non obtinet, breviter: *In factis non obtinet functio,* nec idem est, *suum factum retinere & ab altero praestitum accipere.*

OBSERV. CCCCLV.

Ubi compensari docet eandem speciem utrinque debitam lit. O. n. 4. in fin.) V. gr. Promisisti mihi usumfructum fundi Tusculani, idem ususfructus tibi legatur ab eo, cui ego successi, hic compensatione defungi nobis licet, ut neuter aliquid praestet. Displicet quidem illa *STRAUCHII* sententia *AUTORI in tract. Synopt. de compens.* §. 8. & *Dn. THOMASIO in not. ad. Strauch. d. l.* sed mihi verissima videtur, nam adest mutuum debitum, praeterea unusquisque retinet quod alteri praestare debebat, unusquisque enim nostrum pecunia data usumfructum redimere, ac alteri ex obligatione sua praestare debebat, quam pecuniam, interveniente compensatione, lucramur. Non obest, si dicas, *in compensatione requiri debita numero diversa,* nam talia hic adsunt, sive debitum formaliter, pro ipsa obligatione, sive materialiter pro re debita accipias, ceu ex modo dictis liquet, vel, *in compensatione opus esse, ut unusquisque rem debitam retineat, hic autem neutrum aliquid retinere,* nam ita saltem videtur, cum uterque potius pecuniam, quam in speciei debitae comparationem expendere debuisset, lucretur. Est sane haec sententia longè probabilior, quam si *confusionem* in dicto casu asserere velis, nam illa praesupponit jus & obligationem unicam, quae si in eodem sub-

ſubjecto concurrant, evaneſcunt, aſt hic mutuum jus & mutua obligatio adeſt, quæ non confuſione, ſed compenſatione tolluntur.

OBSERV. CCCCLVI.

Ita compenſet verus debitor injuria judicis abſolutus lit. O. n. 5.) Aut erratum typographicum hic ſubeſt, aut *AUTOR* mentem non ſatis feliciter expreſſit, cum potius dicendum fuiſſet: *Ita compenſetur contra verum debitorem injuria judicis abſolutum,* quod ex *tractat. Synopt. h.* etiam ſatis liquet. De cætero falſam puto illam ſententiam, non abſolutus propter autoritatem rerum judicatarum, ad aliquem effectum externum plane non eſt amplius obligatus, quod etiam obſtans *l. 2. C. h. t.* ſatis oſtendit, ad quam neque *AUTOR,* neque ullus alius ſolide reſpondebit, hinc ſi abſolutus ex alio capite contra priſtinum creditorem agat, exceptionem compenſationis, ob debitum abſolutione peremtum, pati non debet. Nec obſtant *l. 60. de cond. indeb. & l. 8. §. 1. rat. rem. hab.* nam in illis ſpecialem contineri caſum, ſupra *Obſerv. 363.* pluribus oſtendi.

OBSERV. CCCCLVII.

Non etiam in depoſiti directa actione, cum res vel æſtimatio petitur lit. O) Si res ipſa depoſita petatur, aſſertio certa eſt, ſed ſi rei ipſa peremtæ æſtimatio exigatur, tum nihil obſtat, quo minus actori depoſitarius compenſationem opponat. Sententia contraria ex falſa hypotheſi, quam forte nec ipſe *AUTOR* ſatis alias probat, hic tamen per incuriam quandam ſequitur, reſultat. Nimirum vulgò fere credunt, quaſi quoad ſpecies, nulla plane locum habeat compenſatio, cum igitur actio depoſiti à lege compenſandi ſpeciatim

U ex-

excipiatur, putarunt hoc non posse intelligi de casu, ubi res ipsa deposita petitur, cum per regulam ille compensationem non admittat, ergo, quo vera adsit exceptio, crediderunt, compensationem in deposito esse negandam, etiam cum æstimatio rei peremtæ exigitur. Verum præsuppositum illud neutiquam est admittendum, cum utique etiam quoad species juxta jus civile, locum habeat compensatio, hinc sat exceptionis adest, si in deposito compensationem neges, quando res ipsa repetitur, quando autem æstimatio præstanda, tum regulæ compensandi consuetæ manent. Nec obest, quod in *l. pen. C. depos.* compensatio etiam negetur, quando *pecunia est deposita*, nam ibi pecunia, velut certa species fuit deposita, toto contextu hanc explicationem efflagitante. Nec id obsit, *quod per culposam amissionem pinguius jus consequi non debeat depositarius, quam quod habeat ante rei amissionem*, *vid.* STRYCK. *in not. h. ad p. 274.* nam jus compensandi non oritur ex *culpa*, sed *objecto*, quando enim res eò redacta, ut non res, sed ejus æstimatio restituenda sit, tum per retentionem nulla amplius singularis perfidia committitur, sed deponens potius animum fallendi vel lædendi satis ostendit, si rem, quam in effectu, dum iterum debet, jam penes se habet, denuo exigat, hinc compensatio merito admittenda, culpa autem plerumque impunis non est, cum utplurimum depositarius gravioris æstimationis præstatione eam luere debeat.

OBSERV. CCCCLVIII.

Emtor annuorum redituum n. 6.) V. gr. dedi tibi mille pro 50. annuis reditibus, tu postea à me, v. gr. ex testamento, petis mille, quæritur, an sortem mille

im-

imperialium, antea datam, compensare queam? Negatur, quia emtor redituum sortem datam repetere nequit, sed solum venditor, si velit, illam reddere potest, *CARPZ. d. l.* quare debitum illud verum & purum non est, nec adeo compensabile.

OBSERV. CCCCLIX.

Illiquidi cum liquido nulla est compensatio n. 7.) Mero jure naturali etiam illiquidum cum liquido compensari potest, si probabilis subsit suspicio, fore, ut is, qui nobis illiquide aliquid debet, accepto suo debito, nos eludat. In foro autem civili leges processuales istam rem amplius definiunt, quod innuit *AUTOR h.* Hodie ex diversitate Processus *Ordinarii* & *Executivi* hæc res dependere videtur, in illo enim illiquidi compensatio quoque admittetur, in hoc verò debita liquida requiruntur, alias exceptio compensationis ad Reconventionem rejicitur.

OBSERV. CCCCLX.

Temporalis compensatio est). Hujus indolem jam explicavi *Obs. 447.* An vero illa in genere quoad debita pura & liquida locum habeat, licet res diversi generis vel species debeantur, illud inter interpretes non satis est expeditum, de quo peculiari dissertatione, cui titulus *Resolutio quæstionis juridicæ, utrum compensatio inter res diversi generis sit admittenda?* Lipsiæ 1695. habita, *Dn. D. SCHREITERUS* disquisivit. Mihi probabile videtur, quod de jure civili antiquo, compensatio tantum in quantitatibus, idque saltem quoad judicia bonæ fidei, fuerit admissa, *l. 23. de compens. l. 56. §. 3. de jur. dot. l. 5. de impens. in rem dot. fact. §. 30. J. de action.* Postea vero mediante exceptione doli ad judicia etiam stricti juris compensandi

facultas fuit extenſa. *d.* §.*30.* tandem *JUSTINIANUS* in *l.fin. C.h.t.* generaliter quoad omnes actiones admiſit compenſationem, hinc jure novo eam quoad res diverſi generis ac ſpecies obtinere ac fruſtra à nonnullis, ex falſis ſuis præjudiciis, conſtitutioni illi limitationes addi, *v. VINN. in not. ad d.* §. *30.* plane arbitror, quod, niſi fallor, etiam *AUTOR* hic præcipit. Effectus autem iſtius rei eſt, ut vel uterque rem debitam præſtare debeat, vel utraque res in ſui æſtimationem, mediante taxatione, reſolvatur, ac mutua obligatio vel in totum, vel ratione ſummæ concurrentis tollatur. Cæterum, licet hæc probabiliter de jure civili defendi queant, hodie tamen ferè eò deventum eſt, ut compenſatio tantum in quantitatibus aut rebus, de quarum pretio & mutua proportione, ſine ulteriori taxatione, jam conſtat, locum habere exiſtimetur, cætera ad Reconventionem ablegantur.

OBSERV. CCCCLXI.

Ex momento mutui debiti debitores ipſo jure liberantur lit. E.) Ipſum jus hic non eſſe nomen inane, *Obſerv. 448.* etiam admonui. Quo loco tamen notandum, quod duplici alio ſenſu ipſum jus in hac materia allegari ſoleat, qui uterque nobis videtur otioſus. Nimirum quando dicitur, quod compenſatio *ipſo jure* ſeu penitus, non *ope exceptionis*, obligationem tollat, adeoque compenſationis allegatio non ſit exceptio *juris*, ſed *facti*, id hodie inane eſt, nam eodem recidit, ſive obligationem & actionem ipſo jure, ſive ope exceptionis ſublatam dicas, quantum ad ipſum obligationis interitum (nam à tempore, quo ſublatio fiat, hactenus abſtrahimus) & nemo hic diſcri-

men

men aliquod probaverit. Porro quando compensatio *ipso jure* actionibus quibusdam inesse, aliis vero *mediante exceptione doli induci* dicitur *l. 30. ʒ. de action.* id & de jure civili recentiori & dubio procul, moribus nostris nullius est usus, cum ad antiquum processum formularium pertineat.

OBSERV. CCCCLXII.

Et propter ejusmodi compensarum debitum errore solutum, datur condictio indebiti.) Poterit etiam solvens, quod sibi debetur, propria actione exigere, quod vult dissentiens ZOESIUS, ut adeo hæc duo simul stare posse arbitremur, si id, quod *Observ. 448. n. 4.* inculcavi, quod nempe ipsum jus, invitis partibus, compensationem non inducat, fundamenti loco supponamus. Nam si mihi debeas centum ex mutuo, ego tantundem tibi ex testamento, postea que mihi ex errore centum ex mutuo solvas, hos tanquam indebite solutos repetere poteris, si compensatione utaris, & centum, quos ego ex testamento tibi debebam, in causam mutui imputes, & illos eo loco habeas, ac si mihi olim propter mutuum solvisses, nam cum ita jam acceperim, quod mihi debetur, utique indebitum est, quicquid postea solvitur. Quodsi verò, errore cognito, compensandi conditione nolis uti, (quod tibi ex nostro præsupposito licet) tum manent causæ separatæ, adeoque tu solvisti quicquid debebas ex mutuo, & a me deinde propria actione exigis, quod ex testamento tibi debeo. De cætero tamen nonnunquam aliquid interesse potest, utrum condictione indebiti, an propria actione utaris. Fac te mihi centum exemto debere cum usuris biennii, post biennium ex testamento tibi tantundem debere incipio. Tu à me

exigis pecuniam legatam, egoque salvo, cum tamen potuissem compensare, quid agendum? Consultum erit actione exemto agere, tum enim non tantum possum consequi usuras biennii, sed & sequentis temporis, nam debitor exigendo legatum, noluit uti compensatione, adeoque manserunt causæ separatæ & usuræ currunt, sed si facta legati solutione, condictionem indebiti instituam, causatus me ad legatum præstandum non fuisse obligatum, cum legatarius ex emto mihi debeat, adeoque hoc debitum, vice solutionis olim à me factæ, sit, tum propriæ utilitati obnitor, sic enim saltem consequar usuras biennii, quia volo, ut debita illa se mutuo perimant, & licet hactenus alter id haut voluerit, dubio procul tamen hanc meam voluntatem nunc avide arripiet.

2. Ex eodem præsupposito nostro, alia quæstio recte decidi poterit. Debes mihi centum ex mutuo, postea incipio tibi debere centum ex emto, sed inis mecum pactum, quod ista centum petere nolis, quæritur, an ego cum effectu, centum ex mutuo à te petere queam? non videtur *Dn. THOMASIO in not. ad Huber. posit. de Compens. n. 18.* quia debitum utrumque, simulac exstiterit, compensatione perierit, & adeò pactum de non petendo, revera fuerit inane. Sed contrarium nobis dicendum videtur, quia compensatio ipso jure non aliter inducitur, quam *partibus volentibus*, cum verò præsenti in casu, mutuatarius idemq; postea venditor debitum suum emtori remiserit, eo ipso testatus est, se nolle compensatione uti, hinc debitum ex mutuo, per superveniens creditum ex emto, non fuit imminutum, sed mansit potius integrum, hinc recte etiam exigitur.

O 2.

Observ. CCCCLXIII.

Nulla obstante præscriptione) Finge me tibi debere centum ex emto, elapsi sunt 20. anni, postea ex testamento centum mihi debere incipis. Post duodecim annos ago adversus te ex testamento, tu opponis compensationem ex causa emti, ego replico, actioni emti, 32. annorum lapsu, esse præscriptum. Sed non sum audiendus, à tempore enim mutui debiti utrumque est sublatum, hinc præscriptio nihil invenit quod tolleret, sed mutua illa peremtio semper allegari potest. Plane si post elapsos 30. annos, centum ex testamento mihi debere incipias, hos valide exigere potero, nec tibi ex causa emti compensationem objicere licebit, quia hoc debitum jam præscriptione erat sublatum, antequam tu mihi aliquid debere inciperes.

Observ. CCCCLXIV.

Compensationis cognata sunt Retentio) Hanc esse ipsam compensationem temporalem, aliqui volunt, *vid. Dn. STRYCK. in not. h. ad p. 275.* Mihi horum actuum convenientia vel disconvenientia sic explicanda esse videtur: Omnis compensatio est etiam retentio, nam in compensatione perpetua retinetur debitum proprium in satisfactionem crediti, in compensatione verò temporali, res debita quoque retinetur, donec quoad reciprocum debitum satisfactio obtenta, hactenus igitur ista coincidunt. Cæterum exquisite loquendo, per retentionem intelligitur primus ille compensationis temporalis actus, quo id, quod alteri debeo, ob debitum reciprocum retineo, quodsi igitur, post hanc retentionem, alter, quod ipse debet, actu præstet, tum in nudæ retentionis terminis

res mansit, si vero eam sequatur reciproci debiti æstimatio mutuaque imputatio, tum mensura nudæ retentionis exceditur.

TIT. III.

DEPOSITI VEL CONTRA.

OBSERV. CCCCLXV.

D*Epositum*) Recurrit hic consueta observatio. Est scilicet depositum actus omnibus gentibus communis, hinc ea, quæ pro illo explicando hic afferuntur, non juris Romani, sed Gentium sunt, nisi quod traditio ad perfectionem depositi requiratur, hoc enim positivum est. Aliàs mero jure naturali pactum præparatorium & contractus principalis cohærent, depositumque est *contractus consensualis, quo quis ad rem in custodiam gratuitam, recipiendam eamque, pro lubitu deponentis, illæsam restituendam obligatur. vid. Observ. 402.*

OBSERV. CCCCLXVI.

Item immobiles lit. O.) Notissima hanc in rem est controversia. Nobis id saltem adjicere placet, depositum rei immobilis maximè perspicue defendi posse videri, si custodiam in eo positam esse contendas, ne res vel *auferatur*, vel ab aliis *occupetur*, illud ad mobiles, hoc ad immobiles pertinet, ac exemplo sequestri inprimis patet.

OBSERV. CCCCLXVII.

Deponens obligatur minus principaliter lit. E.) Quæ de officio deponentis & depositarii hic dicuntur, illa iterum naturalia sunt, cum vel eo pertineant, ut fides data servetur, vel damnum voluntarium resarcia-

ciatur, de voluntate tamen, quid scilicet vel promissum, vel an & in quantum nocitum sit, nonnunquam quæstiones dubiæ occurrunt, in quibus determinandis & consueta interpretandi principia, & sanctiones juris civilis, attendi debent. Præterea quædam juris Romani pœnæ & privilegia nonnunquam intercurrunt.

OBSERV. CCCCLXVIII.

In deposito regulari etiam ante diem additum, pro lubitu deponentis obst. l. 1. §. 22. h.) Vulgo hunc textum de sequestro aut deposito irregulari accipiunt, quæ responsio tamen violenta videtur, cum nullo indicio illa qualitas appareat. Rectius igitur dicetur: JCtum ibi non negare, quin res deposita statim sit restituenda, sed hoc saltem asserere, quod moram faciens nonnunquam à dolo excusetur. Dederat enim regulam, *quod dolo faciat, qui reposcenti rem non reddat*, tum subjungit exceptionem, qua *nonnunquam à dolo liberetur*, fit autem illud quoque, si per errorem juris, ante existentiam conditionis, se ad reddendum non teneri arbitretur, adeoque ex falsa hac persuasione moras nectat.

OBSERV. CCCCLXIX.

Depositarius si in communi periculo, relicta re deposita, eripuerit suam) Hæc doctrina fundamento destitui videtur, nam si depositarius rem propriam viliorem, depositæ pretiosiori præferat, tum deponenti non statim erit obligatus, cum ob summam animi perturbationem, prælatio potuerit esse fortuita, imo si etiam fuerit voluntaria, non ideo tamen illicò erit culposa, neque enim prærogativa rei depositæ hoc in casu certò jure nititur. Longe inconcinnius autem videtur, deponentem, ob servatam rem viliorem, ad refu-

sionem pretii rei majoris adigere, cum illa obligatio ex nullo fundamento queat repeti, hinc potius heic quoque adhibendam putamus distinctionem, qua *Observ. 392. n. 2.* usi sumus.

OBSERV. CCCCLXX.

De dolo secundi depositarii non ultra tenetur, quam ut adversus illum actiones suas deponenti præstet) Hæc sententia tum demum obtinere videtur, si ob justam causam, v. gr. imminens incendium, primus depositarius rem alteri dederit, tum enim manifesta æquitas postulat, ne ultra cessionem actionis sibi competentis teneatur, modo in ipsa etiam persona eligenda circumspecte satis egerit. Aliàs si contra voluntatem deponentis, & sine probabili causa, rem apud alium deposuerit, tum ob culpam commissam de omnibus respondere tenebitur, quæ eam sequuntur, atque ita, ob dolum secundi, si deponens cessione nolit esse contentus, in solidum tenebitur.

OBSERV. CCCCLXXI.

Nec admittitur compensatio, nec retentio licet ob expensas necessarias lit. E.) Hæc non simpliciter admittenda esse puto, compensatio cessat, si res ipsa deposita repetatur & ex debito extraneo exceptio compensationis objiciatur, si vero æstimatio præstanda sit, tum compensatio obtinet. Porro ob expensas necessarias retentio in ipsa re deposita locum habet, nec obstat *L. 11. C. h. t.* quæ retentionem ob debitum extraneum prohibet, nam hæc explicatio eo magis admittenda, quo major, si contrariam sequaris, subest iniquitas, quomodo enim à doli suspicione se liberabit deponens, si rem depositam repetat expensis necessariis liquidis, (nam tales supponere par est) non re-

restitutis? Breviter: si rei æstimatio petatur, compensatio perpetua obtinet: si res ipsa deposita, retentio & compensatio temporalis cessant ob debitum extraneum: ob expensas necessarias, locum habent. *vid.* Observ. *457*.

Observ. CCCCLXXII.

Sequestrum) Est etiam contractus juris gentium, præterea officium judicis, ne invitis partibus rem in sequestrum det, quam, inito sequestro, officium partium, jure naturali dirigitur, & cum objecti indoles hoc exigat, obligatio sequestris plerumque longe latior est, obligatione simplicis depositarii. Contra invitum datur actio, quæ *præscriptis verbis* regulariter non dicitur, non obstat *l.9.§.3.de dol.* ibi enim in dubio adhibitum fuit nomen actionis, præscriptis verbis, quia conditio, sequestro adjecta, nondum extiterat, adeoque nomine actionis sequestrariæ uti, JCto inconcinnum videbatur, hodie tota illa sollicitudo supervacanea est.

Lib. XVII. Tit. I.

MANDATI VEL CONTRA.

Observ. CCCCLXXIII.

M*Andatum*) Quæ de *indole* hujus negotii *AUTOR* tradit *lit. D. N.†. C. S. P. C. R.* illa omnia *juris gentium* sunt, si hæc excipias, (1) quod ad validitatem mandati requiratur, ut mandantis semper intersit, *sign.†. n. 6.* id quod fluit ex hypothesi civili, quod in utilitatem tertii contrahere non liceat, quæ hodie cessat, ut alibi dicetur; (2) quod mulieres intercessionis causa mandare nequeant aut virile munus mandato su-

suscipere, *lit. P.* (3) quod mandatarius, post litem contestatam, ex dominio litis acquisito, mandare queat *lit. P.* cujus dominii itidem hodiè nullum usum esse arbitror, licet alii aliter sentiant, hinc omnem mandatarii judicialis facultatem ex mandantis concessione æstimandam puto. In hunc censum etiam pertinet (4) sollicitudo circa nomen actionis, qua honorarium exigatur *lit. R.* quæ hodie quoque otiosa est. Porro quæ de *officio contrahentium* dicit *AUTOR lit. E.* & latius persequitur, dum actionem directam & contrariam expendit, illa etiam, si pœnas nonnullas intercurrentes excipias, sunt naturalia, fluunt enim ex præceptis de damno sarciendo & fide servanda, hinc hactenus Romanis nihil nisi confirmatio debetur.

OBSERV. CCCCLXXIV.

Commendatio lit. SS.) Quod ex hac ut & ex Consilio regulariter nulla sequatur obligatio, *vid. DECIS. SAXON. 42.* id quoque naturale est, quando enim animus obligandi deest, tum ex actu suscepto obligatio sequi nequit. Exceptiones, quas *FINCKELTHALIS* aliique tradunt, ad duo genera revocantur; Obligatio scilicet sequitur (1) si dolus interveniat, (2) si de animo obligandi ex circumstantiis constet; hinc personæ, commendandi consulendique modus & similia probe expendi debent.

OBSERV. CCCCLXXV.

Ipsi vero contra mandatorem, quoad excessum, nulla, nec negotiorum gestorum actio, competit) Si tamen mandatarius, ratione pretii, fines mandati excesserit, tum etiam mandans non habebit actionem mandati, quoad ipsam rem, si majus pretium præstare nolit, sed

fed folum ad intereffe, perinde ac fi mandatarius nullam omnino rem comparaffet, agere poterit. Fac me tibi mandaffe, ut equum compares pro centum imperialibus, tu dedifti 150. A me quidem exceffum petere nequis, attamen nec ergo à te petere poffum, quo pro centum rem mihi præftes, fed tu faltem ad intereffe teneberis, perinde ac fi nullam rem comparaffes.

Observ. CCCCLXXVI.

Quam fi in proprios ufus convertit, tenetur ad centefimas obft. l. 10. §. 3. h. t.) Per ufuras legitimas in *d. l. 10. §. 3.* intelligi centefimas, docet quoque *GERHARD NOODT de ufur. l. 2. c. 5.* exiftimans *legitimo modo* idem effe ac *ad legitimum modum*, & ante *JUSTINIANUM*, licuiffe usque ad centefimam ftipulari ufuras, ac adeo centefimam fere nomine legitimæ ufuræ veniffe, *v. l. 1. §. 3. de pign. l. 4. 1. de naut. fœn. l. 8. in quib. cauf. pign. tac. contrah.* Cæterum ut difpofitio illa videtur effe reftringenda ad eum cafum, ubi aliqua mandatarii calliditas vel dolus fubfuit, ita eam per *l. 26. C. de ufur.* effe fublatam, aut faltem hodie non obfervari aliqui contendunt. *vid. BERGER in refolut. h. qu. 4.*

Observ. CCCCLXXVII.

Non etiam quod cafu fortuito) Ita recte dicitur, licet enim mandans fua voluntate etiam hoc damnum dediffe videatur, dum ei mandato præbuit occafionem, cum, fi mandatarius domi manfiffet, illud non accepiffet, attamen à parte altera confiderandum eft, quod mandatarius, dum ultro mandatum fufcepit, in ea omnia cenfeatur confenfiffe, quæ ejus executionem nonnunquam comitantur, ex quo etiã ad textum

ob-

obstantem in eoque contentum dicterium, *quod nemini officium debeat esse damnosum*, responderi potest, habet scilicet perpetuam limitationem: *nisi quis in damnum consenserit.* Juxta hæc igitur non est, cur *l. 26. §. 6. h. t. de curialitate* non debere observari, cum *ACCURSIO*, cui *AUTUMNUS* & *GROENEWEGEN*, teste *HAHNIO loc. cit.* adstipulantur, arbitremur.

Observ. CCCCLXXIIX.

Solvitur mandatum lit. C.) Ultima ratio, cur mandatum solvatur, in quovis casu, *à defectu consensus* dependet, ex quo liquet, etiam hanc doctrinam esse naturalem, quamvis non negandum sit, quin aliquando voluntatem partium certius determinet lex positiva.

Observ. CCCCLXXIX.

Et nisi tale negotium sit commissum, quod ante mortem mandatis impleri nequeat obst. l. fin. in fin. de solut.) Quod morte mandatum solvatur, id etiam à consensu est, nam & mandans intuitu sui censetur aliquid mandasse, & certam etiam personam elegisse, hinc morte, re integra, superveniente, mandatum evanescit. Quodsi tamen expresse ultra mortem mandatum extendatur, tum naturaliter utiq; ob consensum durabit, id quod in *l. 12. §. fin. l. 13. h. t.* etiam agnitum est; sed obloquitur *l. fin. de solut.* quod *contrarium durissimum & scabrosum* dicit *SALICETUS*; Quomodo alii respondeant, vel etiam textum cum *CUJACIO* emendent, refert *BACHOV. d. l.* Ego, salvo rectius sentientium judicio, crediderim, JCtum non negasse, quin expresso consensu ultra mortem mandatum extendi queat, (nam hoc absurdum est, adeoque non temere præsumi debet)

bet) ſed eundem declaraſſe *naturam mandati*, ſive regulam vulgatam: *mandatum morte extinguitur*, ea quidem ratione, ut oſtenderet, non quævis exempla ad regulam illam quadrare, adeoque in iis diſtinguendis & dijudicandis non cautos eſſe debere. Id quod ex addita textui paraphraſi fiet manifeſtius: *Ei, qui mandatu meo* (quod negotium me vivo & initur & executioni datur) *poſt mortem meam ſtipulatus eſt*, (hoc eſt alterum negotium, & Mandati præcedentis ſcopus) *recte ſolvitur*, *quia talis eſt lex obligationis*, (ſtipulatio non pure, ſed in diem mortis meæ erat concepta, hinc ante mortem nihil peti poterat, poſt mortem verò recte poteſt, quia & ambo contrahentes adhuc vivunt, & ſi etiam deceſſiſſent, tamen hujus generis conventiones in hæredes active & paſſivè transmittuntur) *ideoque etiam invito me recte ſolvitur*; (nam ex mandatu quidem meo profecta eſt ſtipulatio, ſed poſtquam illa inita eſt, tanquam perfectum negotium inter contrahentes valet &, me etiam invito, ſuum habet & effectum & exitum) *Ei autem*, (hactenus igitur allatum exemplum non eſt congruum, nec regulæ declarandæ inſervit, ſed quod nunc ſequitur, aptum eſt & huc pertinet) *cui juſſi debitorem meum poſt mortem meam ſolvere*, (quod unicum negotium hic ſubeſt ac poſt mortem impleri debet) *non recte ſolvitur*, *quia mandatum morte diſſolvitur*, ſi ſcilicet juxta regulam ſeu naturam mandati pronunciandum ſit, annon verò juxta ſpecialem mandantis voluntatem aliud dici debeat, id non negatur.

TIT.

Tit. II.
PRO SOCIO.

Observ. CCCCLXXX.

Societas) Quæ de contractu hoc *AUTOR* disserit *lit. D. N. †. C. S. O. d. A.* illa Romanis non debentur, sed communia rectæ rationis sunt decreta, nisi quod lex positiva libertatem contrahendi quibusdam personis adimat *lit. S.* aut delictum quandoque puniat *lit. O.*

Observ. CCCCLXXXI.

Fit solo consensu utcunque declarato, etiam facto lit. C.) Hinc si duo bona conferant ac velut socii conjunctim negotientur, tum etiam pro sociis erunt habendi, licet expressam conventionem inter se non inierint. Quodsi tamen unus cum exteris saltem negotietur, ejusque nomine contractus concipiantur, tum adversus illum solum exteri agere potuerunt, quoniam alterius socii personam plane non respexerunt. Erunt igitur tales quidem socii inter se, sed non quoad exteros, nisi hi cum ambobus contrahere incipiant.

Observ. CCCCLXXXII.

Nec ob delictum jure condemnatus rem ex communi consequitur lit. O.) Unde vero illud accipiet, cum stante societate universali, nemo sociorum aliquid proprii habeat? Crediderim hactenus pœnam ex communibus bonis utique esse sumendam, sed facta divisione, hoc damnum ad solum socium delinquentem pertinere, nisi reliquorum condonatio accedat,

dat, quæ ſane inter ſocios univerſalis videtur frequentiſſima.

OBSERV. CCCCLXXXIV.

Communicantur res) Officia ſociorum, quæ nunc *AUTOR* explicare incipit, reſpiciunt *ipſos ſocios* vel *Exteros*. Illa ut recte intelligantur, triplex ſocietatis ſtatus diſtingui debet, *perfecta*, *conſummata* & *ſoluta*. Si ſocietas *perfecta* ſit, conſenſu ſcilicet de rebus conferendis plane dato, tum obligantur ſocii ob fidem datam, ad conſummandum contractum ſeu jura & res communicandas, quod quidem naturaliter ſolo conſenſu fieri poteſt, ſed juxta jus civile, traditio & ceſſio nonnunquam requiritur, ceu hic docetur.

OBSERV. CCCCLXXXV.

Lucrum & damnum) Societate *conſummata & conſtante*, officium ſociorum eſt, lucrum, juxta menſuram conſenſus præcedentis, communicare, ac damnum ſuſtinere, modo ſit fortuitum vel utriusque culpa datum, nam ſi unus ſua voluntate damnum dederit, hoc ſolus ferre cogitur, niſi cæterorum condonatio accedat. De cætero multiplex conventio hoc fine iniri poteſt, quod per exempla hic illuſtratur, quæ tota doctrina iterum naturalis eſt, illa etiam conventio, qua ſocietas leonina, quam vocant, intenditur, naturaliter invalida videtur ob contradictionem, nam ſocietati talis conventio contraria eſt, hinc utrumque contrahentes ſerio voluiſſe cenſeri nequeunt. Denique *ſoluta ſocietate*, præſtationes modo adductæ recurrunt, ac inſuper de rerum communium ſeparatione ac reſtitutione quæri ſolet.

Observ. CCCCLXXXVI.

Lucrum non est, nisi deducto omni damno & contra) Per modum limitationis vel temperamenti, hoc variis conventionum exemplis hic relatis subjicitur. In specie quoque refertur ad illum casum, ubi conventum est, ut quis partem lucri ferat, de damno non teneatur, *vid. §. 2. J. de societ.* Sed dixerit quis, hæc sibi contradicere, si enim lucrum non est, nisi deducto damno, alter revera damnum sentit, cum tamen vi conventionis initæ, nil nisi lucrum sentire deberet! Dicendum est, quod utique illius conventionis nullus sit effectus, si finita demum societate, calculus subducatur, seu lucrum & damnum computetur, ast si juxta stata tempora utriusque ratio ineatur, aliquis ejus est effectus, nam si per tempus statutum, nil nisi lucrum fuerit perceptum, tum socius ejus partem accipit, si, subductis hac vice rationibus, damnum postea eveniat, illud alter socius hactenus ferre tantum cogitur, ut alter de lucro olim percepto nihil conferre debeat. Existimatum scilicet fuit, tales conventiones stricte esse accipiendas, ut satis sit, si aliquo casu alter lucrum sine damno percipiat.

Observ. CCCCLXXXVII.

Actio pro socio) Ad officium explendum socii coguntur *actione pro socio*, quam dum *AUTOR* explicat, naturalem sociorum obligationem iterum attingit. De cætero locum potest habere illa actio societate perfecta, consummata, & soluta, quamvis, si ex affectu hominum hac de re judicandum sit, illo & isto respectu, rarius illa usum sit habitura. Quando enim eo deventum est, ut socii se judicio pulsare velint, tum nec societatem ingredientur, nec initam diu continuabunt.

O B-

OBSERV. CCCCLXXXVIII.

Hoc resarcire socio debet, sine compensatione lucri cum damno Obst. l. 11. de N. G.) A negotiorum gestore, de quo *d. l.* loquitur, ad socium non valet consequentia, ille enim ultro ex mera benevolentia ad negotia accessit, hinc lucri cum damno compensatio merito admittitur, ast socius specialiter ad lucrum procurandum est obligatus, hoc igitur si faciat, obligationem implet, hinc hoc nomine compensationem prætendere nequit, sed damnum, quod dedit, sine lucri illius consideratione, specialiter resarcire cogitur. Interim non dubitem, quin socii, quibus societatem continuare placet, facile istam compensationem sint admissuri.

OBSERV. CCCCLXXXIX.

Sed non ad res communes dividendas) Misera est illa fori Romani subtilitas, qua minutias ejusmodi consectari placuit. Si duo in communionem incidant, dum v. g. ipsis res legata est, illi & ad res dividendas, & ad præstationes personales obtinendas agunt *actione communi dividundo*, ast si speciali conventione societas inita sit, tum ista separari debent, adeo ut ad rerum divisionem agatur *actione communi dividundo*, ad obtinendas præstationes personales, *actione pro socio*. Interim istæ petitiones eodem libello conjungi possunt, ut hactenus res eodem recidat, sive unam sive duas actiones afferas. Illa sane neque eruditionem, neque aliud quid eximium, sed artem tabulariam redolent. *vid. Observ. 283.*

OBSERV. CCCCXC.

Habent autem socii beneficium competentiæ, etiamsi certæ tantum rei vel negotiationis socii sint obst. l. 16.

de re judic.) Beneficium competentiæ, uti alias, ita hic etiam eſt ex jure civili, quod tamen an & ſocio particulari idem concedere voluerit, valde dubium eſt. Varie quidem *l. 16. de re jud.* cum *l. 63. h. t.* conciliare nituntur, *vid. ZOES. h. n. 43. DONELL. l. 27. c. 9. lit. H. ibique Hillig.* Sed allata vix tollendo dubio ſufficiunt, quemadmodum nec crediderim, ea, quæ hic admonuit *Dn. BERGER in reſolut. qu. 5.* ineundæ concordiæ ſufficere. Subfuiſſe aliquem inter JCtos hac in re diſſenſum, ex *d. l. 63.* non obſcure liquet, & facile hic accidere potuit, cum non tam ex jure aliquo ſcripto, quam potius ex æquitate naturali adſtruere voluerint beneficium competentiæ, in hac vero æſtimanda nonnunquam diverſas eſſe poſſe ſententias, negari nequit. Probabile itaque eſt, quod vel *ULPIANUS* ſententiam in *d. l. 63.* propoſitam, mutaverit in *d. l. 16.* vel per inadvertentiam quandam ſecutus ſit ſcriptores diſſentientes, in quos forte altero loco inciderat, id quod non infrequens eſſe, multis exemplis oſtendi poteſt. Quodſi omnino aliquid pro conciliatione mihi tentandum ſit, dicerem verba *d. l. 16 ſocium autem omnium bonorum accipiendum eſt*, non eſſe intelligenda ratione *ſocietatis*, ſed *periculi*, quod ſocio convento imminet, ut ea ſit ſententia: *ſocium omnium bonorum*, i. e. de omnibus ſuis bonis periclitantem, ſeu omnia bona, ſi penitus ſolvere debeat, amiſſurum, *accipiendum eſt*, nam alias, ſi ſatis ſolvendo ſit, beneficio hoc non gaudet. Sic nulla ſuberit difficultas, cum ejusmodi omnium bonorum ſocius, etiam poſſit eſſe particularis. Sed huic etiam conciliationi quivis pro ſuo arbitrio pretium ſtatuat!

OB-

OBSERV. CCCCXCI.

Solvitur Societas) Ultima ratio in omnibus ſocietatem ſolvendi modis, à *conſenſu* ſociorum deſumi debet, hinc ſolutio illa juris gentium eſt, nam intuitu *certarum perſonarum* ſocietas initur, hinc *mors* arguit defectum conſenſus ac ſocietatem tollit. Si *mutuus diſſenſus* ſuperveniat, res liquida eſt, ſed & *unius renunciatio* animam velut ſocietati ſubtrahere valet, cum non conveniat invitos affectuque parum amico ſeſe invicem proſequentes, in ſocietate detinere, hinc natura negotii facultatem renunciandi in ſe continet. Denique ex *rebus* & *tempore* defectum conſenſus etiam colligi, manifeſtum eſt.

OBSERV. CCCCXCII.

Neque valet pactum, ut hæres ſocii in ſocietatem ſuccedat) Videtur invaliditas hujus pacti etiam naturaliter defendi poſſe, nam ea eſt indoles ſocietatis, ut non niſi inter amicos, prævia deliberatione omnia accurate exputantes, eſſe ſoleat, talis igitur conventio, qua vel invitus ſocietatem ingredi, vel ab invitis recipi debeat, naturæ illius negotii repugnat, hinc ob contradictionem valere nequit. Quia tamen hæc res à voluntate hominum dependet, ideo certior determinatio à jure civili eſt, quæ etiam exceptiones admittere poteſt & ſolet.

OBSERV. CCCCXCIII.

Renuncians ſocium quidem à ſe, ſed non ſe à ſocio liberat) Hoc quoque naturale videtur, quod callida renunciatio ratione renunciantis valida, ejus vero, cui illa facta, invalida ſit, nam qui renunciat, ille ſocium, quantum in ſe eſt, dimittit, & huic hoc acceptare integrum eſt, hinc merito renuncians juxta legem, quam

ipſe dixit, tractatur. Is vero, cui renunciatio facta, renunciantem non dimiſit, nec ut ita faciat, obligatus eſt, hinc ſocietatis obligatio in illo durat. An autem callida ſubſit renunciatio nec ne, id caute judicari debet, nec crediderim ſocium omnium bonorum indiſtincte doli reum eſſe, ſi ſocietati renunciet, quo hæreditatem aliquam ſolus lucrifaciat, ceu dicitur in *l. 65. §. 3. h. t. §. 4. J. eod.*

DE SOCIIS CUM EXTRANEIS CONTRAHENTIBUS.

OBSERV. CCCCXCIV.

S*I omnes ſocii ſimul contraxerunt)* Poſtea diſpiciendum de officio ſociorum erga exteros, vel horum erga illos, *vid.* Obſerv. *484*. Et illud quidem certum eſt, quod ex contractibus ſocii aliis, & hi illis, naturaliter obligentur, ſed in eo difficultas eſt, an ſocii, pro correis credendi & debendi, in ejusmodi contractibus haberi debeant nec ne. Dependet illud utique ex eorum voluntate, hæc vero cum ſæpe ſit incerta, hinc interpretationi legis poſitivæ, ſi adſit, multum erit tribuendum. *AUTOR* juxta varios caſus hanc rem explicare nititur, ſed forte non ſatis recte. Si omnes contrahant, eos ſaltem pro rata obligare & obligari contendit. Sed cum per contractum ſocietatis, una quaſi perſona effecti ſint ſocii, putarem potius, omnes in iſto caſu correos credendi & debendi fieri, nec obeſt *l. 9. C. ſi cert. pet.* nam correos ſine voluntate paciſcentium non fieri docet, ſed hic voluntatem, ex contractu ſocietatis colligendam, adeſſe, non male dicitur. Atque hæc ſententia obtinet in Saxonia Electo-

ctorali teste *CARPZ. P. 2. C. 17. D. 12.* qui etiam in *fin. b.* allegatur. In Gallia quoque *vid. PERETZ ad C. de duob. reis n. 17.* & *AUTOR* eam sequitur *infra de duob. reis lit. E. n. 4.* Ex eo autem hoc etiam sequetur, quod unus ex sociis Solidum exigere queat, nec ratione cæterorum vel mandatum exhibere vel de rato cavere teneatur, quamvis de hoc amplius ex Judiciorum observantia judicandum sit.

OBSERV. CCCCXCV.

Si unus ex sociis cum extraneo contraxit proprio nomine) Hæc sententia admittenda videtur ob rationem allatam, nam neque socii reliqui extraneum, neque hic illos obstringere voluerunt, hinc nec ex postfacto, contractu dudum inito, hoc velle possunt. Videtur autem inprimis hoc evenire, si socii ipso facto societatem inierint, ac unius nomine omnis negotiatio peragatur, *vid.* Observ. *482.*

OBSERV. CCCCXCVI.

Nomine societatis, siquidem â reliquis tanquam institor) Si unus nomine societatis contraxerit, (quod quidem non ex eo solo æstimandum, quod nomen societatis prætexatur, sed potius ex eo, quod secundum societatis legem, de rebus ad eam pertinentibus contrahatur) non opus videtur illis ambagibus, ut inquiratur, an contrahens, velut institor cæterorum spectari queat nec ne, sed simpliciter dicendum, quod cæteri ex illo contractu in solidum obligentur, in quod etiam *AUTOR* tandem inclinat, nam hoc efficit societatis contractus præcedens. Porro ob paritatem rationis, cæteris sociis agendi jus quoque erit asserendum, nam ambages, quas Romani fecerunt & refert *AUTOR b.*

redolere antiquum processum, & hodie cessare, jam admonui *Observ. 410. n. 3.*

LIB. XVIII. TIT. I.

DE CONTRAHENDA EMTIONE ET DE PACTIS &c.

OBSERV. CCCCXCVII.

E*Mtio venditio)* Hunc contractum esse juris gentium, & communiter fatentur, & experientia satis confirmat, hinc ea omnia, quæ hic *lit. D. N.* † *C. S. O.* traduntur, ex communibus omnium gentium principiis dependent, nisi quod nonnunquam aliqua pœna intercurrat, vel facultas contrahendi, quoad certas personas vel res, specialius restringatur, aut quæstio voluntatis certius determinetur, in quibus usum juris civilis agnoscere par est.

OBSERV. CCCCXCVIII.

Interim locus est pænitentiæ, cum arrhæ tamen dispendio, si qua data est) Merito hoc ad casum emtionis venditionis imperfectæ refertur, quod inprimis ex *d. l. 17. C. de fid. instr.* patet, nam si emtio perfecta sit, tum cum dispendio arrhæ recedere non licet, sed alter, si velit, ad contractum implendum, adigere perfidum potest, quamvis sæpe in perfidiæ futuræ remedium arrha & exigatur &, evitandis litis molestiis, retineatur. Ratio autem, quare ab imperfecta etiam venditione recedens, arrharum dispendium subire debeat, est, quod pactum de emendo subfuerit, cujus adeo violatio hoc modo coërcetur.

OBSERV. CCCCXCIX.

Nisi talem esse ignoraverit uterque vel solus emtor, nam

nam tum venditor obligatur ad interesse obst. l. 62. §. 1. h. nisi habuerit justam ignorantiæ causam lit. O. n. 3.) Quando res extra commercium posita, venditur, contractus quidem est nullus ratione intentionis principalis, secundariâ tamen, ejus occasione, ad interesse præstandum, in venditore quandoque nascitur obligatio, quo respectu adeo contractus valere dicitur. Hoc ut distinctius explicet *AUTOR*, tres casus distinguit, vel enim (1.) uterque rei qualitatem ignorat, vel (2.) solus emtor vel (3.) solus venditor. Ultimo casu venditorem ad nihil teneri, facile liquet, cum emtor se ipsum velut deceperit, ast primo & secundo casu eum ad interesse obligari, *AUTOR* dicit. Deinde secundo casui subjicit *objectionem* ex *d. l. 62. §. 1.* & *limitationem* modo relatam. Sed uti hæc ad illum casum secundum non quadrat, adeoque ad primum referenda videtur, (frustra enim de justa ignorantiæ causa, aliquid quoad venditorem admonetur, quando ejus scientia supponitur) ita an objectio ad eum pertineat, non immerito dubitatur. Equidem *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 3.* eo objectionem refert, idque secundo casui objici putat, quod *emtio non teneat*, respondetque hoc solum verum esse quoad obligationem principalem, non verò secundariam ad interesse. Verum mihi probabilius videtur, quod, sicut limitatio, ita & objectio ad primum casum spectet, & hoc objiciatur, venditorem ignorantem ad interesse non posse esse obligatum, cum in *d. l. 62. §. 1.* ex *deceptione* obligatio reputatur, quæ in ignorantem non cadit. Debet igitur quoad primum casum, juxta indicium subjectæ limitationis, amplius distingui, utrum venditor ignorans justam ignorantiæ causam

Tit. II.
PRO SOCIO.

Observ. CCCCLXXX.

SOcietas) Quæ de contractu hoc *AUTOR* dissérit *lit. D. N.* †. *C. S. O. d. A.* illa Romanis non debentur, sed communia rectæ rationis sunt decreta, nisi quod lex positiva libertatem contrahendi quibusdam personis adimat *lit. S.* aut delictum quandoque puniat *lit. O.*

Observ. CCCCLXXXI.

Fit solo consensu utcunque declarato, etiam facto lit. C.) Hinc si duo bona conferant ac velut socii conjunctim negotientur, tum etiam pro sociis erunt habendi, licet expressam conventionem inter se non inierint. Quodsi tamen unus cum exteris saltem negotietur, ejusque nomine contractus concipiantur, tum adversus illum solum exteri agere potuerunt, quoniam alterius socii personam plane non respexerunt. Erunt igitur tales quidem socii inter se, sed non quoad exteros, nisi hi cum ambobus contrahere incipiant.

Observ. CCCCLXXXII.

Nec ob delictum jure condemnatus rem ex communi consequitur lit. O.) Unde vero illud accipiet, cum stante societate universali, nemo sociorum aliquid proprii habeat? Crediderim hactenus pœnam ex communibus bonis utique esse sumendam, sed facta divisione, hoc damnum ad solum socium delinquentem pertinere, nisi reliquorum condonatio accedat,

dat, quæ ſane inter ſocios univerſalis videtur frequentiſſima.

OBSERV. CCCCLXXXIV.

Communicantur res) Officia ſociorum, quæ nunc *AUTOR* explicare incipit, reſpiciunt *ipſos ſocios* vel *Exteros*. Illa ut recte intelligantur, triplex ſocietatis ſtatus diſtingui debet, *perfecta*, *conſummata* & *ſoluta*. Si ſocietas *perfecta* ſit, conſenſu ſcilicet de rebus conferendis plane dato, tum obligantur ſocii ob fidem datam, ad conſummandum contractum ſeu jura & res communicandas, quod quidem naturaliter ſolo conſenſu fieri poteſt, ſed juxta jus civile, traditio & ceſſio nonnunquam requiritur, ceu hic docetur.

OBSERV. CCCCLXXXV.

Lucrum & damnum) Societate *conſummata & conſtante*, officium ſociorum eſt, lucrum, juxta menſuram conſenſus præcedentis, communicare, ac damnum ſuſtinere, modo ſit fortuitum vel utriusque culpa datum, nam ſi unus ſua voluntate damnum dederit, hoc ſolus ferre cogitur, niſi cæterorum condonatio accedat. De cæteto multiplex conventio hoc fine iniri poteſt, quod per exempla hic illuſtratur, quæ tota doctrina iterum naturalis eſt, illa etiam conventio, qua ſocietas leonina, quam vocant, intenditur, naturaliter invalida videtur ob contradictionem, nam ſocietati talis conventio contraria eſt, hinc utrumque contrahentes ſerio voluiſſe cenſeri nequeunt. Denique *ſoluta ſocietate*, præſtationes modo adductæ recurrunt, ac inſuper de rerum communium ſeparatione ac reſtitutione quæri ſolet.

Observ. CCCCLXXXVI.

Lucrum non est, nisi deducto omni damno & contra) Per modum limitationis vel temperamenti, hoc variis conventionum exemplis hic relatis subjicitur. In specie quoque refertur ad illum casum, ubi conventum est, ut quis partem lucri ferat, de damno non teneatur, *vid.* §. 2. *J. de societ.* Sed dixerit quis, hæc sibi contradicere, si enim lucrum non est, nisi deducto damno, alter revera damnum sentit, cum tamen vi conventionis initæ, nil nisi lucrum sentire deberet! Dicendum est, quod utique illius conventionis nullus sit effectus, si finita demum societate, calculus subducatur, seu lucrum & damnum computetur, ast si juxta stata tempora utriusque ratio ineatur, aliquis ejus est effectus, nam si per tempus statutum, nil nisi lucrum fuerit perceptum, tum socius ejus partem accipit, si, subductis hac vice rationibus, damnum postea eveniat, illud alter socius hactenus ferre tantum cogitur, ut alter de lucro olim percepto nihil conferre debeat. Existimatum scilicet fuit, tales conventiones stricte esse accipiendas, ut satis sit, si aliquo casu alter lucrum sine damno percipiat.

Observ. CCCCLXXXVII.

Actio pro socio) Ad officium explendum socii coguntur *actione pro socio*, quam dum *AUTOR* explicat, naturalem sociorum obligationem iterum attingit. De cætero locum potest habere illa actio societate perfecta, consummata, & soluta, quamvis, si ex affectu hominum hac de re judicandum sit, illo & isto respectu, rarius illa usum sit habitura. Quando enim eo deventum est, ut socii se judicio pulsare velint, tum nec societatem ingredientur, nec initam diu continuabunt.

O B-

Observ. CCCCLXXXVIII.

Hoc resarcire socio debet, sine compensatione lucri cum damno Obs.l.11.de N.G.) A negotiorum gestore, de quo *d.l.* loquitur, ad socium non valet consequentia, ille enim ultro ex mera benevolentia ad negotia accessit, hinc lucri cum damno compensatio merito admittitur, ast socius specialiter ad lucrum procurandum est obligatus, hoc igitur si faciat, obligationem implet, hinc hoc nomine compensationem prætendere nequit, sed damnum, quod dedit, sine lucri illius consideratione, specialiter resarcire cogitur. Interim non dubitem, quin socii, quibus societatem continuare placet, facile istam compensationem sint admissuri.

Observ. CCCCLXXXIX.

Sed non ad res communes dividendas) Misera est illa fori Romani subtilitas, qua minutias ejusmodi consectari placuit. Si duo in communionem incidant, dum v. g. ipsis res legata est, illi & ad res dividendas, & ad præstationes personales obtinendas agunt *actione communi dividundo*, ast si speciali conventione societas inita sit, tum ista separari debent, adeo ut ad rerum divisionem agatur *actione communi dividundo*, ad obtinendas præstationes personales, *actione pro socio.* Interim istæ petitiones eodem libello conjungi possunt, ut hactenus res eodem recidat, sive unam sive duas actiones afferas. Illa sane neque eruditionem, neque aliud quid eximium, sed artem tabulariam redolent. *vid. Observ. 283.*

Observ. CCCCXC.

Habent autem socii beneficium competentiæ, etiamsi certa tantum rei vel negotiationis socii sint obs. l. 16.

de re judic.) Beneficium competentiæ, uti alias, ita hic etiam est ex jure civili, quod tamen an & socio particulari idem concedere voluerit, valde dubium est. Varie quidem *l. 16. de re jud.* cum *l. 63. h. t.* conciliare nituntur, *vid. ZOES. h. n. 43. DONELL. l. 27. c. 9. lit. H. ibique Hillig.* Sed allata vix tollendo dubio sufficiunt, quemadmodum nec crediderim, ea, quæ hic admonuit *Dn. BERGER in resolut. qu. 5.* ineundæ concordiæ sufficere. Subfuisse aliquem inter JCtos hac in re dissensum, ex *d. l. 63.* non obscure liquet, & facile hic accidere potuit, cum non tam ex jure aliquo scripto, quam potius ex æquitate naturali adstruere voluerint beneficium competentiæ, in hac vero æstimanda nonnunquam diversas esse posse sententias, negari nequit. Probabile itaque est, quod vel *ULPIANUS* sententiam in *d. l. 63.* propositam, mutaverit in *d. l. 16.* vel per inadvertentiam quandam secutus sit scriptores dissentientes, in quos forte altero loco inciderat, id quod non infrequens esse, multis exemplis ostendi potest. Quodsi omnino aliquid pro conciliatione mihi tentandum sit, dicerem verba *d. l. 16 socium autem omnium bonorum accipiendum est*, non esse intelligenda ratione *societatis*, sed *periculi*, quod socio convento imminet, ut ea sit sententia: *socium omnium bonorum*, i. e. de omnibus suis bonis periclitantem, seu omnia bona, si penitus solvere debeat, amissurum, *accipiendum est*, nam alias, si satis solvendo sit, beneficio hoc non gaudet. Sic nulla suberit difficultas, cum ejusmodi omnium bonorum socius, etiam possit esse particularis. Sed huic etiam conciliationi quivis pro suo arbitrio pretium statuat!

OB-

Observ. CCCCXCI.

Solvitur Societas) Ultima ratio in omnibus societatem solvendi modis, à *consensu* sociorum desumi debet, hinc solutio illa juris gentium est, nam intuitu *certarum personarum* societas initur, hinc *mors* arguit defectum consensus ac societatem tollit. Si *mutuus dissensus* superveniat, res liquida est, sed & *unius renunciatio* animam velut societati subtrahere valet, cum non conveniat invitos affectuque parum amico sese invicem prosequentes, in societate detinere, hinc natura negotii facultatem renunciandi in se continet. Denique ex *rebus* & *tempore* defectum consensus etiam colligi, manifestum est.

Observ. CCCCXCII.

Neque valet pactum, ut hæres socii in societatem succedat) Videtur invaliditas hujus pacti etiam naturaliter defendi posse, nam ea est indoles societatis, ut non nisi inter amicos, prævia deliberatione omnia accurate exputantes, esse soleat, talis igitur conventio, qua vel invitus societatem ingredi, vel ab invitis recipi debeat, naturæ illius negotii repugnat, hinc ob contradictionem valere nequit. Quia tamen hæc res à voluntate hominum dependet, ideo certior determinatio à jure civili est, quæ etiam exceptiones admittere potest & solet.

Observ. CCCCXCIII.

Renuncians socium quidem à se, sed non se à socio liberat) Hoc quoque naturale videtur, quod callida renunciatio ratione renunciantis valida, ejus vero, cui illa facta, invalida sit, nam qui renunciat, ille socium, quantum in se est, dimittit, & huic hoc acceptare integrum est, hinc merito renuncians juxta legem, quam

ipse dixit, tractatur. Is vero, cui renunciatio facta, renunciantem non dimisit, nec ut ita faciat, obligatus est, hinc societatis obligatio in illo durat. An autem callida subsit renunciatio nec ne, id caute judicari debet, nec crediderim socium omnium bonorum indistincte doli reum esse, si societati renunciet, quo hæreditatem aliquam solus lucrifaciat, ceu dicitur in *l. 65. §. 3. h. t. §. 4. J. eod.*

DE SOCIIS CUM EXTRANEIS CONTRAHENTIBUS.

Observ. CCCCXCIV.

SI omnes socii simul contraxerunt) Postea dispiciendum de officio sociorum erga exteros, vel horum erga illos, *vid.* Observ. *484*. Et illud quidem certum est, quod ex contractibus socii aliis, & hi illis, naturaliter obligentur, sed in eo difficultas est, an socii, pro correis credendi & debendi, in ejusmodi contractibus haberi debeant nec ne. Dependet illud utique ex eorum voluntate, hæc vero cum sæpe sit incerta, hinc interpretationi legis positivæ, si adsit, multum erit tribuendum. *AUTOR* juxta varios casus hanc rem explicare nititur, sed forte non satis recte. Si omnes contrahant, eos saltem pro rata obligare & obligari contendit. Sed cum per contractum societatis, una quasi persona effecti sint socii, putarem potius, omnes in isto casu correos credendi & debendi fieri, nec obest *l. 9. C. si cert. pet.* nam correos sine voluntate paciscentium non fieri docet, sed hic voluntatem, ex contractu societatis colligendam, adesse, non male dicitur. Atque hæc sententia obtinet in Saxonia Electo-

ctorali teste *CARPZ. P. 2. C. 17. D. 12.* qui etiam in *fin. b.* allegatur. In Gallia quoque *vid. PERETZ ad C. de duob. reis n. 17.* & *AUTOR* eam sequitur *infra de duob. reis lit. E. n. 4.* Ex eo autem hoc etiam sequetur, quod unus ex sociis Solidum exigere queat, nec ratione cæterorum vel mandatum exhibere vel de rato cavere teneatur, quamvis de hoc amplius ex Judiciorum observantia judicandum sit.

Observ. CCCCXCV.

Si unus ex sociis cum extraneo contraxit proprio nomine) Hæc sententia admittenda videtur ob rationem allatam, nam neque socii reliqui extraneum, neque hic illos obstringere voluerunt, hinc nec ex postfacto, contractu dudum inito, hoc velle possunt. Videtur autem inprimis hoc evenire, si socii ipso facto societatem inierint, ac unius nomine omnis negotiatio peragatur, *vid.* Observ. *482.*

Observ. CCCCXCVI.

Nomine societatis, siquidem â reliquis tanquam institor) Si unus nomine societatis contraxerit, (quod quidem non ex eo solo æstimandum, quod nomen societatis prætexatur, sed potius ex eo, quod secundum societatis legem, de rebus ad eam pertinentibus contrahatur) non opus videtur illis ambagibus, ut inquiratur, an contrahens, velut institor cæterorum spectari queat nec ne, sed simpliciter dicendum, quod cæteri ex illo contractu in solidum obligentur, in quod etiam *AUTOR* tandem inclinat, nam hoc efficit societatis contractus præcedens. Porro ob paritatem rationis, cæteris sociis agendi jus quoque erit asserendum, nam ambages, quas Romani fecerunt & refert *AUTOR b.*

redolere antiquum processum, & hodie cessare, jam admonui *Observ. 410. n. 3.*

Lib. XVIII. Tit. I.

DE CONTRAHENDA EMTIONE ET DE PACTIS &c.

Observ. CCCCXCVII.

E*Mtio venditio)* Hunc contractum esse juris gentium, & communiter fatentur, & experientia satis confirmat, hinc ea omnia, quæ hic *lit. D. N.* † *C. S. O.* traduntur, ex communibus omnium gentium principiis dependent, nisi quod nonnunquam aliqua pœna intercurrat, vel facultas contrahendi, quoad certas personas vel res, specialius restringatur, aut quæstio voluntatis certius determinetur, in quibus usum juris civilis agnoscere par est.

Observ. CCCCXCVIII.

Interim locus est pænitentiæ, cum arrhæ tamen dispendio, si quæ data est) Merito hoc ad casum emtionis venditionis imperfectæ refertur, quod inprimis ex *d. l. 17. C. de fid. instr.* patet, nam si emtio perfecta sit, tum cum dispendio arrhæ recedere non licet, sed alter, si velit, ad contractum implendum, adigere perfidum potest, quamvis sæpe in perfidiæ futuræ remedium arrha & exigatur &, evitandis litis molestiis, retineatur. Ratio autem, quare ab imperfecta etiam venditione recedens, arrharum dispendium subire debeat, est, quod pactum de emendo subfuerit, cujus adeo violatio hoc modo coërcetur.

Observ. CCCCXCIX.

Nisi talem esse ignoraverit uterque vel solus emtor, nam

nam tum venditor obligatur ad interesse obst. l. 62. §. 1. h. nisi habuerit justam ignorantiæ causam lit. O. n. 3.) Quando res extra commercium posita, venditur, contractus quidem est nullus ratione intentionis principalis, secundariâ tamen, ejus occasione, ad interesse præstandum, in venditore quandoque nascitur obligatio, quo respectu adeo contractus valere dicitur. Hoc ut distinctius explicet *AUTOR*, tres casus distinguit, vel enim (1.) uterque rei qualitatem ignorat, vel (2.) solus emtor vel (3.) solus venditor. Ultimo casu venditorem ad nihil teneri, facile liquet, cum emtor se ipsum velut deceperit, ast primo & secundo casu eum ad interesse obligari, *AUTOR* dicit. Deinde secundo casui subjicit *objectionem* ex *d. l. 62. §. 1.* & *limitationem* modo relatam. Sed uti hæc ad illum casum secundum non quadrat, adeoque ad primum referenda videtur, (frustra enim de justa ignorantiæ causa, aliquid quoad venditorem admonetur, quando ejus scientia supponitur) ita an objectio ad eum pertineat, non immerito dubitatur. Equidem *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 3.* eo objectionem refert, idque secundo casui objici putat, quod *emtio non teneat*, respondetque hoc solum verum esse quoad obligationem principalem, non verò secundariam ad interesse. Verum mihi probabilius videtur, quod, sicut limitatio, ita & objectio ad primum casum spectet, & hoc objiciatur, venditorem ignorantem ad interesse non posse esse obligatum, cum in *d. l. 62. §. 1.* ex *deceptione* obligatio reputatur, quæ in ignorantem non cadit. Debet igitur quoad primum casum, juxta indicium subjectæ limitationis, amplius distingui, utrum venditor ignorans justam ignorantiæ causam ha-

habeat nec ne, illo casu non tenebitur, hoc vero erit obligatus, quia talis ignorans pro sciente & decipiente quodammodo habetur, sic non oberit *d. l. 62. §. 1.*

OBSERV. D.

Non etiam res emtoris propria, licet ignoraverit suam esse obst. 34. §. 3. h. §. ult. J. h. t.) Si res emtoris propria ematur, tum emtio nequidem quoad obligationem secundariam ad pretium restituendum, valida, sed obligatio illa extra contractum nasci creditur. Non obstat *l. 34. §. 3.* (*Dn. BERGER h. qu. 6.* respondet ad *§. 4. d. l.*) nam propositio ibi occurrens: *quod si venditor scit, emtor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur*, ad casum propositum referri, non etiam ad emtionem rei propriæ extendi debet, nec *§. fin. J. h. t.* loquitur enim de emtionem rei extra commercium positæ, à qua ad emtione rei propriæ, juxta subtilitates Romanorum, non valet consequentia. De cætero facile liquet, ista redolere forum Romanum & hodie esse otiosa, nam non de obligatione & actione ipsa, sed saltem de ejus nomine disputatur.

OBSERV. DI.

In dubio respiciendum, an res vel pecunia potior sit, & minus habetur pro additamento) Sollicitudine hac, an data pecunia & re, emtio venditio vel permutatio contrahatur, hodie supersedere possumus, nam permutatio hodie quoque est contractus consensualis, ac dato consensu, pœnitentiam non admittit perinde sicut emtio & venditio.

OBSERV. DII.

Nam tum negotium subsistit in vim donationis, modo res tradatur etiam novo jure) Nisi fallor hæc est sententia *AUTORIS*, donationem, sub specie emtionis

nis factam, ne quidem ad effectum agendi, novo jure valere, quia scilicet (sic conjicio) lex, quæ donationibus vim agendi inesse vult, velut correctoria, stricte accipi debet de donationibus aperte celebratis. Verum vulgati illius dicterii nulla solida est ratio, hinc legem illam generaliter acciperem. Hodie dubio procul ex tali donatione actio competit.

OBSERV. DIII.

Justum autem pretium esse censetur) Quæ hic de pretio amplius tradit *AUTOR*, à scopo abludunt. Hactenus enim per pretium intellexit pecuniam numeratam, quæ pro re datur, sed quæ hic differit, pertinent ad æstimationem rerum in commercium venientium in genere. Est igitur Pretium hoc sensu *quantitas moralis rebus & actionibus in commercium venientibus voluntate hominum eo fine imposita, ut illæ inter se comparari ac vel æquales vel inæquales haberi queant.* De *causis*, ob quas res pretium aliquod habeant, aut hoc quandoque intendatur vel remittatur, non una omnium est sententia. Mihi certum videtur, quod in universum duplex causa sit, (1.) *aptitudo præstandi aliquem usum*, nam res nullius usus, nullum solent habere pretium; (2.) *raritas*, seu ut res promiscue omnibus non sufficiat, alias enim si res aliqua sit inexhausti usus, tum nullius pretii est, licet sit utilissima, quod exemplo aquæ regulariter intelligitur. Ob has causas, res pretia habent, & cum in illis dentur gradus, hinc hæc etiam, pro diverso illarum statu, crescunt vel minuuntur, de cætero impositio pretii, juxta illas causas, fit vel lege vel pacto, ceu *AUTOR* hic innuit. Ex his etiam varietas pretii ostendi potest; Nempe est vel *virtuale*, quod ex habitu rerum, seu cau-

sis

sis modo relatis, resultat, ac sine impositione rebus inest, vel *formale*, quod voluntate hominum determinatur. Hoc à *modo imponendi*, est *legale* & *conventionale*, ab *objecto*, vel *vulgare*, quod in cæteris rebus, excepta pecunia, reperitur, vel *eminens*, quod in nummo est, & sic dicitur, quia ad illud cæterarum rerum pretia exiguntur, & id omnium rerum pretiis æquale fieri potest. Sed de his aliisque huc pertinentibus, alibi pluribus philosophandum est.

OBSERV. DIV.

Substantialia hujus contractus) Per *substantialia* intelliguntur ea, quæ *ad essentiam emtionis pertinent*, nempe consensus, merx & pretium, per *Naturalia* vero *Accidentia*, *quæ regulariter emtionem comitantur*, quo referas scripturam, quæ plerumque super hoc contractu conficitur. Naturalia *intrinseca & inseparabilia*, *quæ ex essentialibus principiis promanent*, cum *AUTORE* nolim adstruere, nam hæc potius ad substantialia debent referri, quo pertinent evictionis præstatio, hanc enim essentia emtionis venditionis postulat, nisi enim emtori, re evicta, evictio præstetur, tum negotium illud in donationem degenerat. Denique *Accidentalia* in specie sunt, quæ *modo adsunt*, *modo absunt pro lubitu contrahentium*, ex quo eorum à Naturalibus differentia satis elucet. Ex his etiam liquet, quod hæc doctrina, divisione bimembri, commode proponi queat, nimirum Emtio & Venditio, nec non cæteri contractus constant vel *essentialibus* vel *accidentalibus*, hæc vel *naturalia*, vel *accidentalia in specie* dicuntur.

OBSERV. DV.

Accidentalia in specie sunt) Quæ sub hoc nomine

AU-

AUTOR de arrha, die, conditione & modo differit, illa naturalia sunt, quia ex voluntate paciscentium fluunt, pacta adjecta, de quibus *n 5.* itidem juris gentium sunt, sed multa addidit lex Romana, quæ in illum censum referri non possunt.

OBSERV. DVI.

Neque dominium - - - - obst. l. 16. de solut.) Pendente conditione suspensiva, dominium in emtorem non transferri, licet ei interim res tradita sit, facile liquet, deficit enim consensus, nec obst. *d. l. 16.* quæ nimis violenter à *CUJACIO*, prout *BACHOV. d. l.* testatur, exponitur inserta particula *non*, qua explicatione minime opus, cum loquatur textus de *traditione pura*, quæ adeo si dominium transferat, hoc nemini mirum videri potest. Apparebit id ex paraphrasi textui addita: *Si quis, qui sub conditione pecuniam promisit,* (hoc est primum negotium conditionale) *dedit eam* (i. e. non nude tradidit ex causa præcedenti conditionali, sed potius talem summam, qualem antea sub conditione promiserat, pure jam donavit) *ea conditione,* (i. e. ea lege vel pacto, neque enim his verbis actus suspensivus, sed declarativus intelligitur) *ut si conditio* (primæ promissioni adjecta) *exstitisset, in solutum cederet,* (quicquid scilicet interim donatum est) *exsistente conditione liberari eum* (sic enim conventum est) *nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est,* qui enim hoc obstaret? pecunia pure donata erat, ea tamen lege, ut donatarius vice versa ex promissione conditionali, si fors conditio existat, nihil exigat, igitur & proprietas transferri potuit, & pactum liberatorium suo tempore habet effectum, quibus adeo inter se bene convenit! Breviter: Is, qui sub conditione obliga-

ligatus eſt, pure tantam ſummam donat, ſed eo pacto ut vice verſa ex promiſſione conditionali ſi forte committatur, donatarius nihil exigat. Effectus igitur hujus liberalitatis eſt, ut, ſi conditio primæ promiſſionis deficiat, tamen accipiens rem datam retineat, ſi vero exiſtat, ſummam donatam in debitum conditionale, nunc purificatum, imputare debeat.

OBSERV. DVII.

Niſi venditor, juſto errore lapſus, conditionem exſtitiſſe crediderit) Putat *AUTOR*, dominium ante conditionis ſuſpenſivæ exiſtentiam, traditione transferri, ſi venditor conditionem extitiſſe, & ſe ad tradendum obligari, per errorem exiſtimet. Hoc non *naturale*, ſed *poſitivum* eſt, ac ex eo fluit, quod etiam per ſolutionem erroneam dominium transferri exiſtiment, de quo dixi *Obſerv. 367.* Interim hoc loco vix apparet, quis iſtius rei ſit effectus, nam deficiente conditione, à quovis res data, condictione ſine cauſa, repeti poſſe, adeoque translationis valor tandem â conditionis exiſtentia dependere videtur.

OBSERV. DVIII.

Pacta adjecta) Hæc ac accidentalia retulit *AUTOR*, ſed prout eadem hic expendit, ad illa indiſtincte non pertinent. Agitur enim etiam de iis pactis, quæ eſſentiam contractus afficiunt, eumque plane transformant, tum vero pactum accidentis rationem non habet, cum hoc rei, ſalvâ ejus ſubſtantiâ, accedat. De cætero juxta jus naturale, omnia pacta licita & ſeria ſunt valida, ſed leges Romanæ diverſitatem quoad valorem introduxerunt, quam *AUTOR* hic perſequitur, nobis non libet otioſis illis immorari controverſiis,

ſiis, cum hodie, ſpreto jure Romano, merum jus naturale ſequamur.

OBSERV. DIX.

Pacta reſolutiva) De pactis venditioni adjici ſolitis generaliter notandum, quod illa quoque jure naturali dirigantur, nam pro ratione conſenſus præcedentis, illud jura ac obligationes largitur, hinc ſollicite ſemper inveſtigandum, quid actum ſit, leges tamen civiles nonnunquam modum paciſcendi præſcribunt ac quæſtiones voluntatis certius determinant.

OBSERV. DX.

Emtionis & venditionis contraria ſint dolus) De effectu doli & metus in impediendis contractibus, ſupra in loco proprio pluribus fuit diſquiſitum ac oſtenſum, quod tricæ Romanæ (qualis etiam eſt, quod exceptio doli b. f. judiciis inſit) hodie fere ceſſent. Inprimis probatum quoque ibi eſt, quod hodie perinde ſit, ſive contractum metu extortum, ipſo jure nullum, ſive reſcindendum dicas, ut controverſia, quæ *n. 2.* indicatur, ſit otioſa.

OBSERV. DXI.

Error qui ſcientiam & voluntatem excludit) Diſtinguendum hic eſt inter errorem *efficacem*, qui ſcilicet committitur circa ea, quæ vel negotii natura vel paciſcentium deſtinatio tempeſtiva ac declarata requirit, & *concomitantem*, qui in iis, quæ ad negotium, neque ex hujus natura, neque deſtinatione agentium pertinent, occurrit. Hic naturaliter emtionem non vitiat, quia conſenſum neceſſarium haut excludit, quoad illum vero amplius diſtinguendum, quo loco res aliqua fuerit habita, ſi enim eam errans principaliter reſpexit, tum contractus erit nullus ac errans recedendi facul-

ta-

tatem habebit, si vero non adeo principaliter eam consideravit, utut adesse maluerit, tum salvo contractu, nascitur jus ad interesse, ut si quis domum, qua valde indigebat, emerit, illa vero servitutibus onerata sit, hoc casu emtor rem liberam quidem mallet, nec tamen libertatem præcipue respexisse videtur.

2. Hæc naturalia sunt, eaque hodie obtinere, imo & apud Romanos in foro obtinuisse arbitror; Doctrinam vero horum si spectes, illa non adeo plana ac constans per omnia videtur. Nimirum cum ex *pertinentia rei ad negotium*, omnem erroris efficaciam æstimare debuissent, illi ex *naturali rei habitu* hoc definire voluerunt, hinc an in corpore, materia vel qualitate erratum sit, considerarunt, cum tamen non quo loco quid intuitu rei habeatur, sed quo id habuerint paciscentes, considerari debeat, quamobrem si rei qualitatem præcipue respexerint, error circa eam commissus, perinde faciet negotium nullum, ac si in corpore erratum sit. Quamvis autem circumstantiæ, quas illi spectarunt, genuinum fundamentum, ex quo erroris efficacia æstimanda sit, subinde, obscurius licet, indicent, attamen quia illud perspicue non agnoverunt, hinc decisiones secutæ, fere tantum sunt fortuitæ, quæ aliquando bene, aliquando male se habeant, aliquando etiam ambiguæ sint. Non est igitur, cur ista docendi ratione valde delectari debeamus, cum longe planius rem omnem proponere & intelligere liceat.

Observ. DXII.

Error circa contractum (e.g. quando alter putat locari, alter vendi) facit, ut nihil agatur) Hactenus recte! Ast si alter animo volvat donationem, alter mutuum, tum

tum quidem etiam certus contractus non initur, translatio tamen dominii non impeditur, quia ejus intuitu consensus sufficiens adest, ut hactenus *acquisitio dominii à causis acquirendi* omnino abstrahi queat, quod rationem non pati, frustra contendit *HUBER in Eunom. ad l. 18. de R. C. n. 1.* nam acquisitio à causis acquirendi non simpliciter abstrahitur, sed saltem, quatenus ut specifice consentientes spectantur. *vid. Observ. 306.*

OBSERV. DXIII.

Error circa personam, cum qua contrahitur, idem facit) Imo non idem facit in contractibus onerosis, ac in specie, emtione & venditione, nam error circa personam est saltem concomitans, cum *certa* vel *hæc persona* ad contractum non pertineat, nisi destinatio specialis accesserit. Fac emtorem sibi penitus persuasisse, venditorem esse, v. gr. Sempronium, contractu inito, deprehendit se circa personam errasse, an ideo à contractu recedere poterit, non puto, ob rationem modo datam. Nec obsunt textus in contrarium allegati, loquuntur enim de *actibus beneficis vel singularem personæ industriam requirentibus*, in his personam ad negotium pertinere, ac errorem circa eam commissum, esse efficacem concedo, sed non sequitur: *personæ quandoque est habenda ratio, ergo semper & in quibusvis actibus*, fluunt illa ex neglecto genuino erroris æstimandi fundamento, de quo *Observ. 511.* Gemina præcedenti quæstio est, *an error circa causam impellentem occurrens, faciat contractum nullum?* v. gr. Accepto falso nuncio, res meas, quibus hoc tempore valde indigeo, periisse, accedo venditorem aliasque emo, causa, quæ me ad contrahendum im-

pellat, vel occultatâ, vel narrative ſaltem expoſitâ. Contractu perfecto, nuncium falſum eſſe deprehendo, quæritur an à contractu recedere queam? non arbitror, nam cauſa impellens, extra caſum ſpecialis deſtinationis, quæ hic facta non erat, ad negotium non pertinet, adeoque error ejus intuitu commiſſus, ſaltem eſt concomitans, id quod in ſimili caſu agnoverunt Romani *l. 12. 13. de novat. vid.* Obſerv. *370.*

Observ. DXIV.

Rei qualitates tum emtio ſubſiſtit.) Nec hoc generaliter verum eſt, nam ſi qualitas ad negotium ex deſtinatione pertineat, ac præcipue eam emtor reſpexerit, tum error commiſſus eſt efficax ac contractus nullus. Ex quo etiam ratio diverſæ deciſionis, quæ in *l. 11. §. 1. h. t.* occurrit, quaque error circa *virginitatem*, non obeſſe, circa *ſexum* vero, nocere dicitur, facile reddi poteſt, nam quæ in *d. l.* affertur, in circulum recurrit. Nimirum ſervæ virgines & mulieres, indicio aliquo externo non adeo diſtinguuntur, hinc ex nulla re liquet, quod ſervam emturus, virginitatem ad emtionem deſtinaverit, hinc error in ea commiſſus, eſt concomitans & innoxius. Aſt ſexus veſtibus diſcernitur, quæ adeo ſatis etiam indicant, quod emturus ſexum ad negotium pertinere voluerit, quare error circa illum occurrens, efficax eſt & contractum impedit.

Observ. DXV.

Ita ut illud debeatur, de quo venditor ſenſit) Verum hoc eſt in terminis *d. l. 34. h. t.* (generaliter verò electio venditori tribui nequit,) fit enim interpretatio contra emtorem, qui in illo caſu legem contractui dixerat, prout recte conjecit *ACCURSIUS*, dicit enim JCtus: *in emtione fundi dictum eſſe*, adeoque probabile

eſt,

eſt, quod emtor venditorem ad rem aliquam acceſſoriam præſtandam obligaverit, hinc ejus erat, verba apertius concipere. Non obſtat *l. 39. de pact.* particula enim *quorum* non *deſcribit* & facit propoſitionem univerſalem, ſed *diſtinguit*, ut particularis inde emergat propoſitio, contra eos ſcilicet venditores, qui legem contractibus dicunt fieri interpretationem, propoſitio igitur particularis alii particulari non contradicit, ut non opus ſit, fluctus in ſimpulo movere, ac cum *CUJACIO*, pro *venditor* legere *emtor*, de quo *BACHOV. d. l.*

OBSERV. DXVI.

Simulatio) Per hanc etiam excludi conſenſum adeoque impediri contractum, manifeſtum eſt, ſæpe tamen ſub negotio ſimulato, revera aliud geritur, cui ſi leges obſtant, id non valet. v. gr. Si (1.) ab eo, in quem donationis præſumtio non cadit, (2.) illi, qui fœnerare ſolitus eſt, (3) modico pretio res vendatur, (4.) cum pacto de retrovendendo, cenſetur hæc emtio venditio inita ad velandam uſurariam pravitatem & invalida eſt, revera enim ſub ſpecie emtionis, contractus mutui & pignoratitius cum pacto antichretico immodico celebratus eſt. Si vero leges negotio ſimulate geſto non ſint contrariæ, idem valet non obſt. *l. fin. C. plus valer. quod agit.* nam non loquitur de ſimulatione *voluntaria & mutua*, ſive de tali caſu, ubi ſub ſpecie alius contractus, alium contractum ſeri inire placet, ſed potius de *errore circa contractum die alterius elicito*, qui adeo efficit, ut nihil agatur.

OBSERV. DXVII.

Facienda eſt interpretatio contra illum, qui verba obſcura & ambigua protulit) Obſcuritas, de qua *v. b.*

 con-

consensum, morali æstimatione, quoque tollit, dum illum apparere non patitur. Non tamen obscuritati statim cedendum est, sed potius tentandum, annon per regulas ratiocinandi & interpretandi, eadem tolli ac sensus erui queat. Regulæ autem illæ non hic tradi, (quo collimat doctrina *AUTORIS h.*) sed potius præsupponi, in loco verò proprio, professa opera explicari debent, quod quidem in Jure Romano factum non est, id quod ad Ejus defectus & nævos merito retuleris. Quod in specie attinet vulgatam regulam: *Fieri interpretationem contra eum, qui apertius poterat legem contractui dicere*, illa evidentem habet rationem, imputet enim sibi, quod clarius verba non conceperit. Sic si emtor servum rei venditæ addi postulet, debebitur ille, de quo sensit venditor, arctior enim obligatio in illo non reperitur, licet forte emtor de certo aliquo servo cogitavit, debebat enim hoc expressisse, quod dum non fecit, negligentiæ suæ pœnam meritò velut luit. Vice versa, si venditor pecuniam promissam, in speciebus, quas vocant, solvi paciscatur, emtor suo defungetur officio, si infimas vel maximè viles solvat, utut venditor de melioribus cogitaverit, nam, dum hoc non expressit, arctior obligatio inde non est enata. Ex quo liquet, regulam illam non magis venditori, quam emtori obesse, sed ad contrahentes in genere pertinere, hinc circa applicationem solùm videndum, in cujus potestate fuerit verba apertius concipere.

TIT.

TIT. II.
DE IN DIEM ADDICTIONE.
OBSERV. DXVIII.

A*Ddictio in diem)* Cum per hanc pactum venditioni additum intelligatur, facile liquet, doctrinam hanc, maximam partem, esse naturalem, cum pro ratione conventionis initæ, lex naturalis jura & obligationes largiatur, si enim addictio ita concepta sit, ut venditionem puram resolvere debeat, tum alia ejus sunt jura, quam si eo fine adjiciatur, ut venditionem suspendat, adeò ut hæc demum, deficiente emtore magis liberali, perficiatur, prout *AUTOR* illa hic persequitur. Usus tamen juris Romani in eo præcipue videtur consistere (1.) quod pactum hoc, venditionibus fiscalibus addat, (2.) quod modum paciscendi definiat, cum enim addictio in diem, quando venditionem puram resolvit, dominium immediatè & retro venditori reddere debeat, hinc in civitate non sufficit, qualicunque consensu, à subditis illud concipi, sed requiritur, ut juxta præscriptum juris civilis concipiatur (3.) dubias voluntatis quæstiones subinde certius determinet.

OBSERV. DXIX.

Tacita est, quæ ex legis dispositione inest) Addictio Romana, sive expressa, sive tacita, si quid judico, præsupponit emtionem uni emtori, pretio non plane vili aut inæquali, voto tamen venditoris non omnino satisfaciente, factam & rei traditione utplurimum consummatam. Nimirum sæpe, dum pecuniæ egemus, res nostras viliori pretio distrahere cogimur, quo igitur id, quod hactenus deest, aliquando forte con-

ſequamur, ideo, ſi ad hoc emtorem permovere liceat, addictionem adjicimus, qua venditio, in eventum largioris pretii, vel ſuſpenditur, vel, quod frequentius eſt, reſolvi præcipitur. Atque hanc addictionis venditionisque præcedentis ſuppoſitionem ſpeciatim occurrere in venditionibus fiſcalibus Romanis, ex textibus hic citatis, nobis probabile videtur.

2. Hæc ſi admittas, manifeſtum eſt, quod venditio, addictione ſtipata, penitus differat ab illa venditione, quæ *Auctio* dicitur, quoque res in plures licitatores diſtrahenda proponitur, ea lege, ut plus licitanti illa cedat, nam in hac neutiquam dici poteſt, quod emtio, ſimulac primus licitatus eſt, ſtatim ſit perfecta, ab eaque, alio licitatore plus offerente, abeatur, ſed dicendum potius, quod omnes illæ licitationes tractatuum ſaltem rationem habeant, donec per eas ad pretium ſummum perveniatur, eodemque emtio, intra ſtatutum tempus, concludatur, ſicut enim, ubi inter duos ordinaria emtio venditio ſubeſt, prima emtoris licitatione, emtio non ſtatim perficitur, ſed diverſis demum inſtantiis contractus conciliatur, ita ubi in plures emturientes res diſtrahenda proponitur, hoc agitur, ut plurium licitatione, non plures contractus ineantur & mox reſolvantur, ſed potius pretium, venditori ſolvendum, efficiatur, eodemque contractus concludatur. Sane contraria ſententia nimis contorta videtur, fac me librum aſſe liceri, emtio eſt perfecta, ſed addictione munita, alter mox duos aſſes afferr, emtio reſolvitur, & nova, eodem cum pacto, initur, hunc tertius vincit, tum iterum nova emtionis reſolutio & conſtitutio adſtruenda erit. Cur non malim dicere, dominium in auctionibus, hac mente eſſe, quod

quod velit pro re sua accipere pretium, quod maximum fuerit, licet in se spectatum, satis vile sit, ex hac igitur intentione constare, quod plures licitationes secutæ, non tot peculiares contractus efficiant, sed pretium unius contractus determinent, quodque adeo, dum illud licitationum certamen adhuc fervet, contractus nondum sit perfectus, sed res in terminis nudi tractatus subsistat?

3. Ex his intelligi potest, quo loco Venditiones sub hasta, sive Romanæ, sive Saxonicæ haberi debeant? Ego non puto, quod illæ, ad singulas licitationes, pro emtionibus perfectis, addictione in diem resolutoria stipatis, haberi queant, sed mutua illa licitantium certamina, pro tractatu saltem, quo demum ad unius emtionis perfectionem deveniatur, reputanda esse arbitror. Hinc (1.) addictionem tacitam, quæ venditionibus fiscalibus inest, à venditionibus sub hasta seu subhastationibus, distingui debere existimo, nimirum sive fiscus simpliciter sive sub hasta rem vendidisset, ei id privilegii competebat, ut, meliore conditione intra certum tempus oblata, ab emtione recedere posset. Clare satis hoc discrimen apparet ex *l. 21. §. fin. ad municip. l. 1. C. de vend. reb. civ.* ubi privilegium tacitæ addictionis, ad venditiones civitatum municipalium non pertinere dicitur, sed quis dubitet, quin civitates per modum auctionis vel subhastationis res suas distrahere potuerint? hinc illud ab hac venditionis specie differre, necessariò consequitur. (2.) Ex dictis consequitur, quod in subhastationibus Saxonicis licitator pœnitere, ut & venditor consentientibus creditoribus à venditione, sub hasta susceptâ, recedere possit, porro quod primus licitator, simulac alius plus ob-

obtulit, liber sit,licet nova licitatio à judice subhastante nondum sit acceptata, prout tres illæ assertiones placuerunt *CARPZOV. P. 1. C. 32. D. 44. 45.* aliisque cum sequentibus,nam emtio hactenus fuit imperfecta, ac in terminis nudi tractatus constitit. Equidem *Dn. BERGER in resolut. h.* eas improbat, quia existimat, statim, atque quis licitatus est, perfectam esse emtionem venditionem, sed hac lege, ut allata deinceps, intra statutum hastæ fiscali tempus, meliori conditione, res sit inemta. Enim verò hanc hypothesin minus esse probabilem, ex dictis forsitan satis liquet. Nec hoc obsit, quod admissa licitatoris pœnitentia, hic subhastationes morari, vel alio modo, suo jure abuti queat. Nam hoc quidem non negaverim, sed ideo ex tractatu præparatorio plures perfectæ emtiones, reclamante negotii indole, non sunt exsculpendæ. Si in subhastationibus tolleretur jus primæ licitationis, utpote quod ex confusione auctionum, & venditionum, addictione munitarum, originem habere videtur, ac in universum illæ, ad exemplum fere auctionum, breviore tempore circumscriberentur, tum abusus facile cessarent, sed dubio procul ex secretiori jurisprudentia aliquid suppetit,quod pro his allegare liceat.

OBSERV. DXX.

Modo hoc pactum fiat (1.) verbis directis ------ (2.) re adhuc integra) De primo requisito seu verbis non valde videtur laborandum, præsuppositâ enim paciscendi facultate, quod hic fit, ad mentem paciscentium deinde saltem est respiciendum, hæc igitur sive ex directis sive obliquis verbis appareat, nihil hactenus refert, ut verba captare incongruum videatur, id

id quod etiam *l. 41. de R. V.* satis innuit. Secundum vero requisitum, ut nempe ante traditionem pactum ineatur, necessarium est, nam si per traditionem dominium in emtorem sit translatum, tum simplici pacto effici non potest, ut dominium immediate venditori iterum acquiratur, quia titulus & traditione dominia acquiruntur, ast si dominium à venditore nondum abierit, tum pacto effici potest, ut non alia conditione emtori res acquiratur, quam salvo, in eventum oblatæ melioris conditionis, venditori dominio per *l. 32. de usufr. l. 19. de servit.* aliosque textus ad *tit. seq. lit. E.* citatos. *add. CARPZOV. P. 1. C. 28. D. 20, 21.*

OBSERV. DXXI.

Imo in continenti) Quæ hic amplius *AUTOR* subjicit, illa nec per omnia cum hypothesibus juris civilis consentiunt, & hodie nullius sint usus, sive enim in continenti, sive ex intervallo pactum adjiciatur, ejusdem illud est effectus, modo ante traditionem, vel resignationem judicialem in Saxonia, concipiatur, si autem post traditionem, sive re non amplius integra, adjectum sit, tum non plane est inefficax, ceu *AUTOR* præcipit, sed potius producit jus personale.

OBSERV. DXXII.

Qui idem offerens, aliis præfertur) Ut prior emtor præferatur, si idem, quod secundus offert, dare velit, id ex indole negotii evidenter fluit, nam scopus addictionis in diem, si recte perpendatur, non is est, ut ab emtione abeatur præcise, sed ut Venditor pretii, quod ipsi non satis adæquatum videtur, tempore tamen venditionis majus obtinere non potuit, augmentum sperare, & nonnunquam etiam consequi possit, oblata

igitur meliori conditione non alia est primi emtoris obligatio, quam ut plus, quam olim dedit, seu idem, quod alter offert, nunc præstet, hoc verò si nolit, tum re abscedere cogitur. In subhastationibus Saxonicis, idem juris tribuitur primo licitatori, ut nempe idem quod cæteri, soliturus præferatur, quod ex confusione venditionis addictione munitæ, & Auctionis, originem habere videtur, *vid.* observ. *519.* nam aliàs subhastationes juxta legem auctionum judicare debent, adeo ut nulla primi licitatoris sit prærogativa, sed is rem obtineat, qui cæteros omnes pretio vincit. Illud obiter quoad subhastationes Saxonicas adjiciendum, quod si creditor plus quidem altero offerat, sed ea conditione, ut ratione sui crediti præ aliis impetret prælationem, is non audiatur, sed alter potius, qui sine ejusmodi conditione minus obtulit, rem accipiat, *vid. DECIS. SAXON. 71.*

OBSERV. DXXIII.

Conditionaliter sub conditione suspensiva) Hæc paciscendi ratio videtur esse rarior, de cætero respicit utilitatem emtoris, sicut prior, venditoris. Nam si pure res vendatur, sed eo pacto, ut oblato majori pretio & emtore primo augmenrum sui pretii recusante, ab emtione abeatur, tum periculum rei venditæ est penes emtorem, hinc si res intra addictionis terminum pereat, tum venditor hoc quidem sentit incommodi, quod majus pretium sperare nequeat, interim tamen pecuniam solutam retinet, vel promissam exigit. Quod si vero venditio suspendatur, donec constiterit, an quis intra certum terminum majus pretium sit oblaturus, nec ne, tum periculum est venditoris, hinc re casu perempta, non tantum spe majoris pretii excidit, sed

sed & pecuniam solutam reddere tenetur, vel promissam exigere nequit, ut adeo diversa illa paciscendi ratio ad cautelas contractuum pertineat.

TIT. III.

DE LEGE COMMISSORIA.

OBSERV. DXXIV.

L*Ex Commissoria*) De hac, nisi fallor, idem in genere admonendum, quod de addictione *Observ. 518.* diximus, nempe hanc doctrinam esse quoque naturalem, cum ex pacto jus & obligatio nascatur. Usus tamen juris Romani ibi laudatus hic quoque commendari potest, in specie ex dispositione juris civilis, lex commissoria, venditionibus fiscalibus facile inesse, nonnullis censetur. *vid. BERGER in resolut. h.* Quæ autem de *modo paciscendi AUTOR* differit *lit. C.* illa ex *Observ. 520. 521.* explicanda sunt.

OBSERV. DXXV.

Nisi emtor partem pretii solutam perdat l. 4. §. 1. h.) Fluctuare videtur *AUTOR*, hic enim, velut certum, asserit, quod emtor, si partem pretii solutam perdat, fructus omnes reddere non teneatur, sed paulo post, in pœnam perfidiæ, emtorem pretium solutum perdere, simpliciter contendit, ac sententiam eorum, qui hoc ad casum perceptorum fructuum æqualium restringunt, refert quidem, sed in medio relinquit. De cætero durior illa sententia, quæ emtorem pretio soluto simpliciter privat, neque in jure civili satis est fundata, neque negotii indoli convenit, nam scopus legis commissoriæ, si debite perpendatur, non est, ut venditor aliquid intuitu emtoris lucretur, sed ut ratione

pre-

pretii securus sit, merito igitur huic scopo ejusjus attemperatur.

OBSERV. DXXVI.

Emtorem usque ad litis contestationem moram purgare posse, docet Cujacius) Sed textus allegati assertioni probandæ non sufficiunt, quia loquuntur de obligatione vel unice vel principaliter implenda, ejus igitur impletionem creditor etiam post moram facilè admiserit, hinc usque ad litem contestatam mora purgari posse dicitur, cum lis eo fine fere instruatur, adeoque promtitudine illa inopinata Creditor contentus esse queat. Sed in præsenti casu Venditor, ob moram emtoris, pinguius jus consecutus est, quod adeo oblatione tardiori invito eripi non posse videtur. Quodsi nihilominus de jure civili ita obtinuisse pertendas, attamen hodie illa res nullius erit usus, cum nostra litis contestatio, cum Romana illa, quæ sub initium litis statim fiebat, comparari hac in parte non possit.

OBSERV. DXXVII.

Periculum tamen est penes emtorem) Hæc sententia verissima est, cum reservatio dominii non *absolutè*, sed solum ob *securitatem pretii* sit facta, quod latius deducit *Dn. BERGER. h. qu. 5.* addita cautela propter variantes interpretum sententias Venditori utiliter observanda. Interim sententiam dissentientis *CARPZOVII* (qui quidem in mea editione de *anno 1681.* ut consentiens, sed perperam, allegatur,) etiam probat *Dn. THOMAS. in not. ad posit. Huber. de C. E. V. n. 6.* quod res pereat suo domino, cui tamen ex ratione allata facile satisfieri poterit.

TIT.

Tit. IV.
DE HÆREDITATE ET ACTIONE VENDITA.

Observ. DXXVIII.

Vendi potest hæreditas) Quoad venditionem hæreditatis occurrit (1.) *ipsum negotium*, circa quod, præter definitionem & divisionem, consensus, personæ & materia occurrunt, quam ultimam *AUTOR* saltem adduxit, (2.) *officium venditoris & emtoris*, quod juxta mensuram consensus exoritur, ac latius exponitur in verbis: *Si vendita hæreditas ad venditorem.* Ex quo liquet, substantiam hujus doctrinæ esse juris gentium. Inprimis etiam hic frequentes sunt quæstiones voluntatis, qualis quoque est celebris illa de jure accrescendi, án hoc ad emtorem pertineat? seu ut alii malunt loqui, an venditor id, quod ipsi accrevit, emtori præstare debeat? Cum autem pretium quantitati rei venditæ sit attemperatum, hinc facilè liquet, tam pingue jus, ex quo venditor alterum tantum & amplius, favente fortuna, lucrari queat, pro illo in emtorem non esse translatum. Ex jure civili in hac materia est (1.) quod hæreditas indistincte vendi nequeat, (2.) quæstionum voluntatis certior determinatio, ac (3.) emblemata fori Romani de actionibus directis & utilibus similiaque.

Observ. DXXIX.

Venditor manet quidem jure hæres) Quod venditor semper hæres manere, ac emtor nunquam talis fieri dicatur, id etiam ad otiosa emblemata fori Romani aliquo modo pertinet. Equidem si illa assertione

tione hoc ſolum ſignificetur, quod creditores venditorem adhuc convenire queant, aut quod debitores hæreditarii,per ignorantiam venditori ſolventes, excuſari debeant,vel emtori invitis regulariter creditoribus hæreditariis non teneatur,tum in illa doctrina merito nihil deſideres, nam illa omnia evidentem habent rationem, venditor enim ſuo facto creditoribus ſe ſubtrahere ac invitis alium debitorem ſubſtituere non potuit, ſicut etiam vice verſa debitoribus, per ignorantiam venditori ſolventibus, nihil poteſt imputari, denique emtor, emtionem celebrando, creditoribus hæreditariis ſe ſtatim non obligavit, cum venditor æquipollens recipiendo, priſtinæ obligationi adhuc ſubſit. Verum quod Venditor ſimpliciter ad effectum agendi, hæres adhuc eſſe, aut emtor nunquam plenum agendi jus conſequi exiſtimetur, ad quod etiam decurrunt Romani, id utique inane & hodie nullius uſus eſt.

DE ACTIONE VENDITA.

Observ. DXXX.

Actionis venditio eſt) Actionis venditio vulgo ſolet haberi pro exemplo *venditionis rerum incorporalium*, ſed in omni venditione & res incorporalis ſeu jus, & corporalis ſeu objectum ejus concurrunt, hoc ſolum intereſt, quod nonnunquam objectum præſens, aliquando abſens & actione exigendum vendatur. De cætero ad exemplum venditionis in genere, duo ſummatim hic ſpectari poſſunt, (1.) *negotium ipſum*, circa quod conſueta capita occurrunt *lit. D. N. C. S. O.* (2.) *jus & obligatio venditoris & emtoris*, quæ juxta conſenſum præcedentem, lege naturali producuntur

lit.

lit. E. hinc ſubſtantia hujus doctrinæ eſt juris Gentium. Ex jure poſitivo ſunt nonnullæ reſtrictiones, quoad perſonas paciſcentes & materiam, quæ aliquem uſum habent, præterea ambages quædam fori Romani, quæ hodie ceſſant.

OBSERV. DXXXI.

Venditor emtori obligatur cedere) Circa alienationes actionum jure civili diſtinguere ſolent *titulum*, quem emtio venditio, donatio ſimilisve actus exhibet, & *modum*, nempe ceſſionem, quam cum *mandato* coincidere putat *AUTOR*, ſed alii diſtinguunt *titulum, modum* & *mandatum*, quod ſit medium inſtituendæ actioni ceſſæ neceſſarium. *vid. STRAUCH. Exerc. 17. §. 16.* Uti autem illa aliis curioſius excutienda relinquimus, *vid. HUBER. in poſit. ad J. de mand. n. 9. ſeqq.* ita id hic obſervamus, quod hodie *ſolo titulo*, omnis actionum alienatio fiat, cætera vel ad *probationem* pertineant, nam conſenſu interpoſito, opus eſt, ut ceſſionis inſtrumentum conficiatur, quo quis translationem probet, præterea ſi, occultata alienatione, alterius nomine agere velit, mandato quoq; indiget, ſed & hoc non ad alienationem, ſed probationem, ſaltem requiritur. Hæc cum ita ſint, venditio & ceſſio actionum hodie fere ſynonymicè accipiuntur, quamvis ſub ceſſione etiam donatio ſimilisve alienatio comprehendi queat. Quo loco notandum, quod actio hypothecaria in Saxonia Electorali extrajudicialiter quoque cedi queat, *vid. DECIS. ELECTOR. 40.*

OBSERV. DXXXII.

De perſonalibus an & quando huic emtori opponi poſſint lit. E. n. 3.) Quando venditor verum jus in alterum non tranſtulit, tum manifeſtum eſt, quod puta-

tivus

tivus debitor cessus perinde se defendere queat contra cessionarium, ac se defendere potuisset contra ipsum cedentem, hic enim plus juris in alium transferre non potuit, quam ipse habuit. Hinc etiam cessionario posse opponi exceptiones reales, passim adstruunt, sed de personalibus, quas vocant, res non adeo expedita videtur. *SANDIUS*, ex relatione *Dn. STRYCKII in not. b.* distinguit, an cessionarius agat actionibus directis, ex persona cedentis, an utilibus nomine proprio, priori casu exceptionem personalem obstare dicit, posteriori non item, præsertim si titulo oneroso sibi quæsiverit actiones. * Enim verò illa sententia neutiquam est admittenda, cum discrimen allatum ex solis verbis compositum sit, à quo tam notabilem juris effectum suspendere, nimis incongruum fuerit, fac enim, cessionarium experiri actione utili & nomine proprio, ille tamen nihilominus allegare debet antecessorem, à quo causam habeat, atque ita infirmitatem juris sui proprio testimonio ostendere. *LENZIUS d. l.* distinguit inter exceptiones personales, *quæ negotium non contingant*, qualis sit exceptio banni & excommunicationis, & *quæ illud attineant*, ut exceptio doli. *Illas* non obstare putat, si nomine proprio cessionarius agat, secus si nomine cedentis. Quoad *has* vero amplius distinguit inter acquisitionem onerosam & lucrativam, ita, ut illo casu exceptio doli cessionario non noceat, bene vero hoc. Verum & hanc doctrinam vel falsam, vel certe hodie sine usu arbitramur, nam commentum actionis directæ & utilis, seu nomine alieno vel proprio instituendæ, levius esse, quam ut hic aliquid operari queat, modo annotavimus, & sane

ſane ſi quis banno vel excommunicatione, jura ſua plene amiſerit, (jure an injuria, jam non disquiritur) quomodo ab hoc jus aliquod efficax derivare poterit ceſſionarius? Porro ſi contractus dolo ſit celebratus, & actio inde competens, ceſſa, peremtoria utique ratio hic etiam adeſt, quod jus revera nullum adfuerit, adeoque nihil cedi potuerit, hinc ſimpliciter exceptio doli ceſſionario obſtabit. Non quidem me latet, quod diſcrimen acquiſitionis onerosæ & lucrativæ, in *l. 4. §. 27. ſeq. de except. dol.* fundatum videatur, ſed videntur JCti Romani malè hic ratiocinati, inprimis cum exceptio metus ab iis etiam contra tertium concedatur, dolus autem in annullandis contractibus ex eorum ſententia, metu ſit potentior. Præterea videtur illa doctrina eſſe conſectarium ſummi juris, quod cum hac in parte in Germania non ſit admiſſum, hinc conſequens etiam ceſſabit, maximè cum non appareat, cur tricas Romanas æquitati naturali præferre debeamus.

Observ. DXXXIII.

Emtor etiam ante ceſſionem, poſt reſcriptum D. Pii, ſola juris poteſtate exercet actiones utiles) Quicquid hic de actionibus utilibus vel directis dicitur, illud omne hodie otioſum & nullius uſus cenſeri debet, nam nihil aliud conſiderandum eſt, quam, an ceſſionarius factam venditionem aut ceſſionem probare queat, vel an inſtructus ſit mandato, ſi forte ceſſionem propalare nolit.

Observ. DXXXIV.

Ceſſa venditor juris intellectu nihilominus eſt & manet dominus actionis) Dominium illud actionis, in ordine ad *emtorem* & *debitorem ceſſum ſcientem*, in-

 eptum

eptum Romanorum commentum eſt, quod olim exigui fuit uſus, in Germania autem dubio procul nihil ſignificat. Aſt, in ordine ad *debitorem ignorantem* hactenus quidem effectum habet, quod hic debitum exactum licitè cedenti poſſit ſolvere, quanquam planius poterat dici, cedentem quidem nullum amplius habere jus, debitorem tamen ignorantem, vel ultro vel ad inſtantiam Cedentis, recte huic poſſe ſolvere, cum ceſſionarius damnum, ſi quod inde ſentit, ſuæ negligentiæ imputare debeat.

Observ. DXXXV.

Emtor licet per ceſſionem neque actionis, neque rerum debitarum dominus fiat) De rebus ipſis res ſatis certa, harum enim dominium emtor demum conſequitur, ſi à debitore actualiter ei præſtentur. Sed quod actionis dominium Emtori negetur, ſeu clarius, actio ipſa pleno jure ad eum non pertinere dicatur, illud itidem ad otioſas fori Romani ambages referendum eſt, cujus hodie nulla utilitas, cum non alium habeat effectum, quam diverſi quoad actionem nominis.

Observ. DXXXVI.

Juramentum deferre) Juramentum tamen præſtare non poterit ceſſionarius, cum facti alieni ignarus eſſe queat, hinc nec relatio locum habebit *arg. l. 11. §. 2. rer. amot.* quodſi tamen adverſarius juramento credulitatis velut eſſe contentus, tum hoc ceſſionarius præſtare poſſe videtur, id quod etiam de jure Saxonico defenderem, nam ceſſionarius hic non conſideratur ut procurator alterius, quem jura Saxonica à juramento arcent, ſed ut creditor principalis, qui pro ſe & ſuo nomine jurat. Quodſi autem actio ad certam

tam speciem competens, cessa sit, & debitor vel possessor dolosè illam non præstet, an cessionarius jurare poterit in litem? *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 12.* putat, posse illum jurare non pro se, sed instar procuratoris specialis, in animam cedentis. Sed putaverim cessionarium pro se jurare posse & debere, nam actio cessa ipsius est, præterea adversarius suo dolo cessionarium lædit, hinc merito hic proprio juramento damni æstimationem determinat. Atque hoc etiam satis probatur *arg. l. 13. §. 1. de pact. l. 23. de procurat.* quæ de *dominio litis accessorio* non recte accipiuntur, cum de *principali* loquantur, adeoque id, quod *l. 7. de in lit. jur.* exigit, contineant, res ipsa enim loquitur, quod cessionarius omne actionis jus, adeoque dominium principale, si ita loquendum est, habeat, dominium vero, quod cedenti adhuc asseritur, inane Romanorum commentum sit.

Observ. DXXXVII.

Non etiam quod venditoris personæ competit) Imo etiam hoc privilegio uti potest cessionarius. Nam (1.) quamdiu persona privilegiata existit, tam diu privilegii exercitium & emolumentum aliis delegari potest, accedit (2.) quod res, virtute privilegii exacta, aliis præstari queat, cur igitur jus exigendi aliis cedi non posset? (3.) privilegii personalis, ususfructus, juris agendi ob injuriam vel ingratitudinem, eadem omnino est ratio, sed posteriora cedi posse recte docuit *AUTOR lit. O.* cur igitur prius cedi nequiret? amplius (4.) si cessionarius, dissimulata cessione, nomine cedentis, velut simplex procurator agat, tum dubio procul ejus privilegio uti, ac lucrum, hoc modo ob-

obtentum, sibi deinceps servare potest, id quod etiam *cautelæ* loco vulgo commendant, cur igitur aperte tantundem ei agere non liceret? inepta sane erit legislatio, quæ tam facile potest eludi! Denique (5.) textus, quos *AUTOR* pro se allegavit, nihil probant, nam primo generalis responsio est, quod autoritatibus hic nihil sit tribuendum, cum enim ex natura juris cedendi hæc res sit explicanda, ideo si in ejus æstimatione, lapsi sunt JCti, ab iis libere dissentire licet, sed secundo, salva Eorum autoritate, specialius responderi potest. Nimirum *l. 4. 9. C. de procur. l. 25. ff. eod. l. 13. §. 1. de pact. l. 1.* (non *2.* ut vulgo legitur) *§. 11. 12. quand. appell.* nihil aliud docent, quam *jus cessum* esse *cessionarii proprium*, inde vero nihil, quod huc faciat, inferri potest, cum maneat in quæstione, annon cedens privilegium personale, ad effectum percipiendi emolumenti, alteri quoque cedere, atque ita ejus quodammodo facere potuerit *l. 86. de R. J.* negat saltem privilegii personalis *transmissionem*, quæ *deficiente persona privilegiata* locum inveniat, non *cessionem*, quæ illa salva fiat, quæ responsio etiam pertinet ad *l. 19. §. 1. de reb. autor. jud. possid.* cum & in ea de transmissione saltem agatur. Ex *l. fin. de tutel. & ration. l. 52. de pecul.* nihil aliud colligitur, quam pupillo competere privilegium, cessibile illud sit necne, ibi non definitur. *l. 42. de admin. & peric. tutor.* nec non *l. 21. de tutel. & ration.* altera obscurior, loquuntur de casu speciali, ubi Cedentis privilegium ante cessionem erat extinctum, quod utique in cessionarium transire nequit. Nimirum si tutor pupillo solidum solvat, tum actio ratione alterius tutoris non quidem plane extinguitur, cum pro eo alter saltem

ex-

expenderit, ratione tamen pupilli, utpote solidum consecuti, plane exspirat, hinc privilegium simul evanescit, licet igitur actio cedi queat, cum non simpliciter solutione fuerit sublata, attamen privilegium in sola pupilli persona fundatum, cedi nequit, cum, pupillo suum consecuto, penitus sublatum sit.

OBSERV. DXXXVIII.

Sic privilegio uxoris & liberorum ejus, ratione dotis, non gaudet) Sed hoc etiam nego ob modo dicta, leges citatæ nihil aliud dicunt, quam privilegium mulieris esse personale & non transmissibile, cessibilitatem vero non negant. In specie *CARPZOV. d. l.* ex lubricis disputat hypothesibus, ac à negata transmissione, ad negationem cessionis infert, quam illationem tamen ipse *AUTOR lit. O.* recte improbavit. In genere observandum, quod circa jura cessibilia sæpe fluctuent interpretes, dum laudata aliqua personalitas ipsis imponit, ego crediderim, esse regulam certissimam & omni exceptione majorem: *Quoties res exacta in alium potest transferri, toties etiam jus eam exigendi potest cedi.* Sic quæritur, an jus luendi, quod debitori eo casu, quo, facta subhastatione, emtore non existente, creditori qua tali res adjudicata est, competit, cedi queat? id quod, aliis licet dubitantibus vel negantibus, vi regulæ datæ asserere non dubito.

OBSERV. DXXXIX.

Lege Anastasiana) Si quis fraudulentis persuasionibus ad faciendam cessionem inducatur, tum mero jure naturali etiam cessio erit invalida, verum cum illa res lubricæ nimis sit æstimationis, hinc circumstantias paulo certius definivit lex Anastasiana, cujus adeo *sensum, pœnam* & *usum AUTOR* hic tradit, circa quæ

ſolennes quæſtiones paſſim explicatæ occurrunt. In Electoratu Saxoniæ per *DECIS. SAXON. 28.* id temperamentum accepit, quod valeat venditio, ſi pretium partem actionis dimidiam attingat.

Tit. V.

DE RESCINDENDA VENDITIONE ET QUANDO LICET AB EMTIONE DISCEDERE.

Observ. DXXXX.

V*Enditio propriè reſcindi dicitur*) Læſionem in contractu emtionis ex præſcripto juris naturalis eſſe emendandam, ſatis certum eſt. Sed in foro civili illa dictamina tam exacte obſervari non poſſunt, ſed ſæpe emendatio læſionis conſcientiæ cujusvis relinquitur. Quo igitur conſtet, quousque decretis naturalibus vis legum civilium tributa ſit nec ne, ita diſtinguendum videtur: Si dolo alterius læſio evenerit, tum ejus emendatio ſemper peti poteſt, ita quidem, ut læſo aliquando integrum ſit à contractu recedere, aliquando, eo manente, intereſſe ſaltem perſequi, de quo ſupra ad tit. *de dolo malo* actum eſt. Si vero læſio ſine dolo accidat, tum, ſi contractus adhuc velut ferveat, aut promiſſio eo nomine facta ſit, etiam ob leviorem agi poteſt, ceu liquet ex iis, quæ *AUTOR* ad tit. *de C. E. V.* de errore dixit, nec non ex iis, quæ ad tit. *de A. E. V.* ut & ad tit. *de ædilit. edict.* proponit. Si autem poſt longius tempus, ob læſionem non doloſam, quis agere vel queri velit, tum remedium in foro civili non aliter conceditur, quam ſi enormis illa ſit. Hæc querela præſupponit contractum ſummo jure validum, quod

quod hic non est inane nomen, nam inde consequitur, quod læsus non simpliciter possit à contractu recedere, sed saltem læsionis emendationem, vel, si fieri queat & lædenti placeat, contractus rescissionem petere debeat, *vid. CARPZ. P. 2. C. 43. D. 7.* id quod ex consensu repetendum erit, nam læsus contractum voluit, hinc contentus esse poterit, si modo læsio emendetur. Uti autem querela illa vel per modum exceptionis, vel actionis proponi potest, ceu docet *AUTOR*, ita de hujus nomine hodie non valde laborandum videtur.

OBSERV. DXLI.

Propter æquitatem, utut eam tyrannicam putet Molin. lit. C.) Querela enormis læsionis poterit dici *æqua*, quatenus læsionem emendari petit, *tyrannica* tamen, quatenus ob enormem saltem succurrit. Et licet forte hoc prædicatum durius sit, attamen ab ineptitudine & iniquitate non penitus illa sanctio absolvi posse videtur, dum læsionem, in puncto velut consistentem, requirit, cum potius aliqua latitudo hic videatur necessaria, si læsio sit ad dimidium, vel paulo infra illud, læso non succurritur, sed si vel unico nummo dimidium excedat, tum ei querela datur; sed ejusmodi mathematicum terminum à quo, negotia humana & æquitas non videntur admittere. Imo in universum prægnans ratio non subest, cur æquitas naturalis heic fuerit velut deserta, nec ob quamvis læsionem actio concedatur, nam multitudo litium inde non erit metuenda, cum ob difficultatem probandi, non temere læsus, ob quamvis læsionem, sit actionem instituturus.

OBSERV. DXLII.

Sed requiritur, ut læsio dimidium excedat -----

tione hoc solum significetur, quod creditores venditorem adhuc convenire queant, aut quod debitores hæreditarii, per ignorantiam venditori solventes, excusari debeant, vel emtori invitis regulariter creditoribus hæreditariis non teneatur, tum in illa doctrina merito nihil desideres, nam illa omnia evidentem habent rationem, venditor enim suo facto creditoribus se subtrahere ac invitis alium debitorem substituere non potuit, sicut etiam vice versa debitoribus, per ignorantiam venditori solventibus, nihil potest imputari, denique emtor, emtionem celebrando, creditoribus hæreditariis se statim non obligavit, cum venditor æquipollens recipiendo, pristinæ obligationi adhuc subsit. Verum quod Venditor simpliciter ad effectum agendi, hæres adhuc esse, aut emtor nunquam plenum agendi jus consequi existimetur, ad quod etiam decurrunt Romani, id utique inane & hodie nullius usus est.

DE ACTIONE VENDITA.

Observ. DXXX.

Actionis venditio est) Actionis venditio vulgo solet haberi pro exemplo *venditionis rerum incorporalium*, sed in omni venditione & res incorporalis seu jus, & corporalis seu objectum ejus concurrunt, hoc solum interest, quod nonnunquam objectum præsens, aliquando absens & actione exigendum vendatur. De cætero ad exemplum venditionis in genere, duo summatim hic spectari possunt, (1.) *negotium ipsum*, circa quod consueta capita occurrunt *lit. D. N. C. S. O.* (2.) *jus & obligatio venditoris & emtoris*, quæ juxta consensum præcedentem, lege naturali producuntur *lit.*

lit. E. hinc ſubſtantia hujus doctrinæ eſt juris Gentium. Ex jure poſitivo ſunt nonnullæ reſtrictiones, quoad perſonas paciſcentes & materiam, quæ aliquem uſum habent, præterea ambages quædam fori Romani, quæ hodie ceſſant.

OBSERV. DXXXI.

Venditor emtori obligatur cedere) Circa alienationes actionum jure civili diſtinguere ſolent *titulum*, quem emtio venditio, donatio ſimilisve actus exhibet, & *modum*, nempe ceſſionem, quam cum *mandato* coincidere putat *AUTOR*, ſed alii diſtinguunt *titulum*, *modum* & *mandatum*, quod ſit medium inſtituendæ actioni ceſſæ neceſſarium. *vid. STRAUCH. Exerc. 17. §. 16.* Uti autem illa aliis curioſius excutienda relinquimus, *vid. HUBER. in poſit. ad J. de mand. n. 9. ſeqq.* ita id hic obſervamus, quod hodie *ſolo titulo*, omnis actionum alienatio fiat, cætera vel ad *probationem* pertineant, nam conſenſu interpoſito, opus eſt, ut ceſſionis inſtrumentum conficiatur, quo quis translationem probet, præterea ſi, occultata alienatione, alterius nomine agere velit, mandato quoq; indiget, ſed & hoc non ad alienationem, ſed probationem, ſaltem requiritur. Hæc cum ita ſint, venditio & ceſſio actionum hodie fere ſynonymicè accipiuntur, quamvis ſub ceſſione etiam donatio ſimilisve alienatio comprehendi queat. Quo loco notandum, quod actio hypothecaria in Saxonia Electorali extrajudicialiter quoque cedi queat, *vid. DECIS. ELECTOR. 40.*

OBSERV. DXXXII.

De perſonalibus an & quando huic emtori opponi poſſint lit. E. n. 3.) Quando venditor verum jus in alterum non tranſtulit, tum manifeſtum eſt, quod puta-

tivus

tivus debitor cessus perinde se defendere queat contra cessionarium, ac se defendere potuisset contra ipsum cedentem, hic enim plus juris in alium transferre non potuit, quam ipse habuit. Hinc etiam cessionario posse opponi exceptiones reales, passim adstruunt, sed de personalibus, quas vocant, res non adeo expedita videtur. *SANDIUS*, ex relatione *Dn. STRYCKII in not. b.* distinguit, an cessionarius agat actionibus directis, ex persona cedentis, an utilibus nomine proprio, priori casu exceptionem personalem obstare dicit, posteriori non item, præsertim si titulo oneroso sibi quæsiverit actiones. Enim verò illa sententia neutiquam est admittenda, cum discrimen allatum ex solis verbis compositum sit, à quo tam notabilem juris effectum suspendere, nimis incongruum fuerit, fac enim, cessionarium experiri actione utili & nomine proprio, ille tamen nihilominus allegare debet antecessorem, à quo causam habeat, atque ita infirmitatem juris sui proprio testimonio ostendere. *LENZIUS d. l.* distinguit inter exceptiones personales, *quæ negotium non contingant*, qualis sit exceptio banni & excommunicationis, & *quæ illud attineant*, ut exceptio doli. *Illas* non obstare putat, si nomine proprio cessionarius agat, secus si nomine cedentis. Quoad *has* vero amplius distinguit inter acquisitionem onerosam & lucrativam, ita, ut illo casu exceptio doli cessionario non noceat, bene vero hoc. Verum & hanc doctrinam vel falsam, vel certe hodie sine usu arbitramur, nam commentum actionis directæ & utilis, seu nomine alieno vel proprio instituendæ, levius esse, quam ut hic aliquid operari queat, modo annotavimus, & sane

ſane ſi quis banno vel excommunicatione, jura ſua plene amiſerit, (jure an injuria, jam non disquiritur) quomodo ab hoc jus aliquod efficax derivare poterit ceſſionarius? Porro ſi contractus dolo ſit celebratus, & actio inde competens, ceſſa, peremtoria utique ratio hic etiam adeſt, quod jus revera nullum adfuerit, adeoque nihil cedi potuerit, hinc ſimpliciter exceptio doli ceſſionario obſtabit. Non quidem me latet, quod diſcrimen acquiſitionis oneroſæ & lucrativæ, in *l. 4. §. 27. ſeq. de except. dol.* fundatum videatur, ſed videntur JCti Romani malè hic ratiocinati, inprimis cum exceptio metus ab iis etiam contra tertium concedatur, dolus autem in annullandis contractibus ex eorum ſententia, metu ſit potentior. Præterea videtur illa doctrina eſſe conſectarium ſummi juris, quod cum hac in parte in Germania non ſit admiſſum, hinc conſequens etiam ceſſabit, maximè cum non appareat, cur tricas Romanas æquitati naturali præferre debeamus.

OBSERV. DXXXIII.

Emtor etiam ante ceſſionem, poſt reſcriptum D. Pii, ſola juris poteſtate exercet actiones utiles) Quicquid hic de actionibus utilibus vel directis dicitur, illud omne hodie otioſum & nullius uſus cenſeri debet, nam nihil aliud conſiderandum eſt, quam, an ceſſionarius factam venditionem aut ceſſionem probare queat, vel an inſtructus ſit mandato, ſi forte ceſſionem propalare nolit.

OBSERV. DXXXIV.

Ceſſa venditor juris intellectu nihilominus eſt & manet dominus actionis) Dominium illud actionis, in ordine ad *emtorem* & *debitorem ceſſum ſcientem*, in-

eptum Romanorum commentum eſt, quod olim exigui fuit uſus, in Germania autem dubio procul nihil ſignificat. Aſt, in ordine ad *debitorem ignorantem* hactenus quidem effectum habet, quod hic debitum exactum licitè cedenti poſſit ſolvere, quanquam planius poterat dici, cedentem quidem nullum amplius habere jus, debitorem tamen ignorantem, vel ultro vel ad inſtantiam Cedentis, recte huic poſſe ſolvere, cum ceſſionarius damnum, ſi quod inde ſentit, ſuæ negligentiæ imputare debeat.

OBSERV. DXXXV.

Emtor licet per ceſſionem neque actionis, neque rerum debitarum dominus fiat) De rebus ipſis res ſatis certa, harum enim dominium emtor demum conſequitur, ſi à debitore actualiter ei præſtentur. Sed quod actionis dominium Emtori negetur, ſeu clarius, actio ipſa pleno jure ad eum non pertinere dicatur, illud itidem ad otioſas fori Romani ambages referendum eſt, cujus hodie nulla utilitas, cum non alium habeat effectum, quam diverſi quoad actionem nominis.

OBSERV. DXXXVI.

Juramentum deferre) Juramentum tamen præſtare non poterit ceſſionarius, cum facti alieni ignarus eſſe queat, hinc nec relatio locum habebit *arg. l. 11. §. 2. rer. amot.* quodſi tamen adverſarius juramento credulitatis velut eſſe contentus, tum hoc ceſſionarius præſtare poſſe videtur, id quod etiam de jure Saxonico defenderem, nam ceſſionarius hic non conſideratur ut procurator alterius, quem jura Saxonica à juramento arcent, ſed ut creditor principalis, qui pro ſe & ſuo nomine jurat. Quodſi autem actio ad certam

tam

tam ſpeciem competens, ceſſa ſit, & debitor vel poſſeſſor doloſè illam non præſtet, an ceſſionarius jurare poterit in litem? *Dn. BERGER in reſolut. h. qu. 12.* putat, poſſe illum jurare non pro ſe, ſed inſtar procuratoris ſpecialis, in animam cedentis. Sed putaverim ceſſionarium pro ſe jurare poſſe & debere, nam actio ceſſa ipſius eſt, præterea adverſarius ſuo dolo ceſſionarium lædit, hinc merito hic proprio juramento damni æſtimationem determinat. Atque hoc etiam ſatis probatur *arg. l. 13. §. 1. de pact. l. 23. de procurat.* quæ de *dominio litis acceſſorio* non recte accipiuntur, cum de *principali* loquantur, adeoque id, quod *l. 7. de in lit. jur.* exigit, contineant, res ipſa enim loquitur, quod ceſſionarius omne actionis jus, adeoque dominium principale, ſi ita loquendum eſt, habeat, dominium vero, quod cedenti adhuc aſſeritur, inane Romanorum commentum ſit.

OBSERV. DXXXVII.

Non etiam quod venditoris perſonæ competit) Imo etiam hoc privilegio uti poteſt ceſsionarius. Nam (1.) quamdiu perſona privilegiata exiſtit, tam diu privilegii exercitium & emolumentum aliis delegari poteſt, accedit (2.) quod res, virtute privilegii exacta, aliis præſtari queat, cur igitur jus exigendi aliis cedi non poſſet? (3.) privilegii perſonalis, uſusfructus, juris agendi ob injuriam vel ingratitudinem, eadem omnino eſt ratio, ſed poſteriora cedi poſſe recte docuit *AUTOR lit. O.* cur igitur prius cedi nequiret? amplius (4.) ſi ceſsionarius, diſſimulata ceſsione, nomine cedentis, velut ſimplex procurator agat, tum dubio procul ejus privilegio uti, ac lucrum, hoc modo

obtentum, sibi deinceps servare potest, id quod etiam *cautelæ* loco vulgo commendant, cur igitur aperte tantundem ei agere non liceret? inepta sane erit legislatio, quæ tam facile potest eludi! Denique (5.) textus, quos *AUTOR* pro se allegavit, nihil probant, nam primo generalis responsio est, quod autoritatibus hic nihil sit tribuendum, cum enim ex natura juris cedendi hæc res sit explicanda, ideo si in ejus æstimatione, lapsi sunt JCti, ab iis libere dissentire licet, sed secundo, salva Eorum autoritate, specialius responderi potest. Nimirum *l. 4. 9. C. de procur. l. 25. ff. eod. l. 13. §. 1. de pact. l. 1.* (non *2.* ut vulgo legitur) *§. 11. 12. quand. appell.* nihil aliud docent, quam *jus cessum* esse *cessionarii proprium*, inde vero nihil, quod huc faciat, inferri potest, cum maneat in quæstione, annon cedens privilegium personale, ad effectum percipiendi emolumenti, alteri quoque cedere, atque ita ejus quodammodo facere potuerit *l. 86. de R. J.* negat saltem privilegii personalis *transmissionem*, quæ *deficiente persona privilegiata* locum inveniat, non *cessionem*, quæ illa salva fiat, quæ responsio etiam pertinet ad *l. 19. §. 1. de reb. autor. jud. possid.* cum & in ea de transmissione saltem agatur. Ex *l. fin. de tutel. & ration. l. 52. de pecul.* nihil aliud colligitur, quam pupillo competere privilegium, cessibile illud sit nec ne, ibi non definitur. *l. 42. de admin. & peric. tutor.* nec non *l. 21. de tutel. & ration.* altera obscurior, loquuntur de casu speciali, ubi Cedentis privilegium ante cessionem erat extinctum, quod utique in cessionarium transire nequit. Nimirum si tutor pupillo solidum solvat, tum actio ratione alterius tutoris non quidem plane extinguitur, cum pro eo alter saltem

ex-

expenderit, ratione tamen pupilli, utpote solidum consecuti, plane exspirat, hinc privilegium simul evanescit, licet igitur actio cedi queat, cum non simpliciter solutione fuerit sublata, attamen privilegium in sola pupilli persona fundatum, cedi nequit, cum, pupillo suum consecuto, penitus sublatum sit.

OBSERV. DXXXVIII.

Sic privilegio uxoris & liberorum ejus, ratione dotis, non gaudet) Sed hoc etiam nego ob modo dicta, leges citatæ nihil aliud dicunt, quam privilegium mulieris esse personale & non transmissibile, cessibilitatem vero non negant. In specie *CARPZOV. d. l.* ex lubricis disputat hypothesibus, ac à negata transmissione, ad negationem cessionis infert, quam illationem tamen ipse *AUTOR lit. O.* recte improbavit. In genere observandum, quod circa jura cessibilia sæpe fluctuent interpretes, dum laudata aliqua personalitas ipsis imponit, ego crediderim, esse regulam certissimam & omni exceptione majorem: *Quoties res exacta in alium potest transferri, toties etiam jus eam exigendi potest cedi.* Sic quæritur, an jus luendi, quod debitori eo casu, quo, facta subhastatione, emtore non existente, creditori qua tali res adjudicata est, competit, cedi queat? id quod, aliis licet dubitantibus vel negantibus, vi regulæ datæ asserere non dubito.

OBSERV. DXXXIX.

Lege Anastasiana) Si quis fraudulentis persuasionibus ad faciendam cessionem inducatur, tum mero jure naturali etiam cessio erit invalida, verum cum illa res lubricæ nimis sit æstimationis, hinc circumstantias paulo certius definivit lex Anastasiana, cujus adeo *sensum, pœnam* & *usum AUTOR* hic tradit, circa quæ

quod hic non est inane nomen, nam inde consequitur, quod læsus non simpliciter possit à contractu recedere, sed saltem læsionis emendationem, vel, si fieri queat & lædenti placeat, contractus rescissionem petere debeat, *vid. CARPZ. P. 2. C. 43. D. 7.* id quod ex consensu repetendum erit, nam læsus contractum voluit, hinc contentus esse poterit, si modo læsio emendetur. Uti autem querela illa vel per modum exceptionis, vel actionis proponi potest, ceu docet *AUTOR*, ita de hujus nomine hodie non valde laborandum videtur.

OBSERV. DXLI.

Propter æquitatem, utut eam tyrannicam putet Molin. lit. C.) Querela enormis læsionis poterit dici *æqua*, quatenus læsionem emendari petit, *tyrannica* tamen, quatenus ob enormem saltem succurrit. Et licet forte hoc prædicatum durius sit, attamen ab ineptitudine & iniquitate non penitus illa sanctio absolvi posse videtur, dum læsionem, in puncto velut consistentem, requirit, cum potius aliqua latitudo hic videatur necessaria, si læsio sit ad dimidium, vel paulo infra illud, læso non succurritur, sed si vel unico nummo dimidium excedat, tum ei querela datur; sed ejusmodi mathematicum terminum à quo, negotia humana & æquitas non videntur admittere. Imo in universum prægnans ratio non subest, cur æquitas naturalis heic fuerit velut deserta, nec ob quamvis læsionem actio concedatur, nam multitudo litium inde non erit metuenda, cum ob difficultatem probandi, non temere læsus, ob quamvis læsionem, sit actionem instituturus.

OBSERV. DXLII.

Sed requiritur, ut læsio dimidium excedat -----

Alii putant, dari querelam, si læsio dimidium justi pretii excedat) Ex his verbis non facile forsitan intelligas, quid sibi *AUTOR* velit. Interim res ita se habet: Quæritur de ratione computandi læsionem ultra dimidium. Hæc ratione Venditoris est satis expedita, nimirum ille læsus est ultra dimidium, *si ne quidem accipiat dimidium ejus quod dedit*, v. gr. si pro re, centum valente, ne quidem 50. accipiat, ubi quidem eo major est læsio, quo magis summa accepta, infra 50. subsistit. Ratione autem Emtoris duplex est interpretum sententia. Quidam enim eâdem formula computant etiam hic læsionem, nimirum emtor læsus est, *si ne quidem dimidium acceperit pretii illius, quod dederit* v. gr. si in casu adducto, plus quam ducentos imperiales, pro re 100. valente, solverit, hanc computandi rationem in verbis primis, hic allatis, innuit *AUTOR*. Alii vero læsionem quoad emtorem ita computant: *si plus dederit ultra verum rei pretium, quam dimidium*, v. gr. si in casu allato plus quam 150. dederit, hunc computandi modum *AUTOR* in verbis postremis indicavit. De cætero potest illa diversitas etiam quoad læsionem ultra tertiam partem, quam Jus Würtenbergicum respicit, occurrere, nam juxta primam sententiam emtor læsus est, si pretii, quod dedit, ne quidem duas tertias habeat, v. gr. si pro re 12. valente, plus quam 18. dederit, juxta secundam vero, si ultra verum rei pretium, plus unâ tertiâ solverit, v. gr. in casu allato plus quam 16. præstiterit.

2. Posterior computatio veteribus potissimum placuit ac usu recepta est, teste *AUTORE*, sed prior recentioribus, *CUJACIO*, *BACHOVIO* aliisque probatur, ac accuratior esse censetur, quod tamen temere

non

non crediderim, quia arbitror potius Veterum illam computandi rationem, *veram*, *accuratam* & *aequam*, hanc Recentiorum verò, *falsam*, *absurdam* & *iniquam* esse. Nam (1) dubio procul eadem computandæ læsionis norma, quoad venditorem & emtorem, supponi debet, minimum hoc tamdiu asserendum est, donec dissentientes contrarium probent. Hæc verò norma (2.) est res vendita, hæc enim pro certo tempore pretium certum habet, hinc normæ vicem subire potest, sed pecunia ab emtore solvenda, ante contractum indeterminata & vaga est, ac rei venditæ debet exæquari, hinc non norma, sed normatum est. Agnoscunt etiam (3.) ipsi dissentientes quoad venditorem, quod fundamentum computandæ læsionis, sit res vendita, ergo idem quoque, vi præsuppositi primi & secundi, quoad emtorem admittere debent. Ex his autem (4.) fluit computatio Veterum, seu quod eadem summa, quæ læsionem operatur ratione venditoris, eam quoque inducere debeat ratione emtoris, hinc cum in casu allato læsus sit venditor, si 51. ei desint, ita hujus summæ defectus læsum quoque emtorem arguet.

3. Atque ex his origo & falsitas erroris contrarii facilè quoque ostendi potest. Videntur scilicet Recentiores de fundamento computandæ læsionis haut fuisse soliciti, sed, philosophandi ratione superficiariâ, formulas solùm captasse, cum igitur quoad venditorem læsio rectè sic exprimatur: *si ne quidem dimidium ejus, quod dedit, accipiat*, illi eâdem formulâ, quoad emtorem, eam exprimendam esse censuerunt, hinc nata est diversa illa maximeque inæqualis computatio. Illam vero falsam esse, à priori cognoscitur, si utriusque, tam Venditoris, quam Emtoris, læsionem,

ad eandem normam, rem venditam scilicet, exigas, ex hac enim constabit, quod intuitu emtoris læsio sic exprimenda sit: *si pro re, quam accepit, plus dimidio, ultra verum pretium dederit.* A posteriori quoque falsitas apparet, si consideres absurda, quæ inde sequuntur: In casu *n. 1.* allato, quoad Venditorem, *norma*, juxta quam læsio æstimatur, *certa & uniformis* est, nimirum res, quæ centum valet, sed *summa lædens, gradibus distinguitur*, dum modo enim quinquaginta excedat, poterit de cætero esse 51. 52. 53. 60. &c. exinde igitur merito computationem veram agnoscimus. Sed quoad Emtorem, juxta computationem recentiorum, *norma* computandæ læsionis est *incerta & inconstans*, nimirum summa, quæ ducentos excedit, verum *summa lædens* est *certa & constans*, pretium scilicet rei venditæ. Singulari metamorphosi summa, quæ in Venditore constituit *normam*, in emtore est *quantitas lædens!* Quis igitur, præjudiciis vacuus, ex his non agnoscat, illam computationem à vero penitus aberrare? Quod si quis vulgatum illud: *Nihil tam absurdum est, quod non aliquando defenderit Philosophus*, ad interpretes juris civilis applicare velit, tum computationem hanc in exempli vicem non malè allegares.

OBSERV. DXLIII.

In computanda læsione respiciendum est) Quæ hic de requisitis investigandi pretii, æstimandæ læsionis in genere, ejus probatione, personis læsis & lædentibus, materia, in qua læsio contingat, de indole & effectu obligationis, amplius differit *AUTOR*, illa, si non penitus, certe quoad substantiam suam sunt juris naturalis, adeoque ex communibus principiis dependent.

Observ. DXLIV.

Obs. l. 63. §. fin. ad L. falcid.) Recte ait *AUTOR*, in æstimanda læsione esse respiciendum ad tempus contractus, non ad præsens vel antecedens, nec obstat *d. l. 63. §. fin.* quando enim *PAULUS* præcipit: *dum hic quoque non ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidat, caritate, pretia constituantur*, eo ipso non negat, quin ejus temporis, quo actus aliquis celebratus aut celebrandus est, in determinando pretio sit habenda ratio, sed potius hoc vult, non esse respiciendum ad tempus futurum, extra quod nunc agentes versentur, ut si hæres in definiendo rerum hæreditariarum pretio momenta temporum captare velit hoc modo: *jam quidem res aliqua tanti est, sed mox pretium mutabitur, hinc suspendenda erit pretii determinatio!* hanc scrupulosam sollicitudinem improbat, quia juxta eam res exitum habere nequit, secundum hæc non opus est, ut cum *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 1.* à doctrina *AUTORIS* exceptionem in L. falcidia asseramus.

Observ. DXLV.

Aut res perierit apud tertium --- vel apud ipsum emtorem sive ejus culpa aut mora accesserit lit. P.) Recte asseritur, quod emtor lædens læsionem emendare cogatur, licet res emta ejus culpa perierit. Ratio vero non inde sumenda est, quod culpa vel mora obligationem perpetuet, quo collimant textus, quos *AUTOR* hic allegavit, sed potius inde, quod obligatio primitiva emtoris, ex læsione orta, maneat, quicquid etiam rei emtæ accidat. Ex qua ratione facile etiam respondetur ad *l. 18. §. 1. solut. matrim.* (non *de hæredit. petit.* ceu falso impressum legitur) & *l. 25. §. 11.* *de*

de hered. petit. nimirum maritus, quoad res dotales, & bonæ fidei possessor, quoad res possessas, culpæ rationem non postulantur per *d. l.* cum tamen ad rem restituendam obligentur, ergo multo minus de culpa tenebitur emtor, qui irrevocabiliter dominium acquisivit. *Dn. BERGER h. qu. 2.* rationem diversitatis hic reddere conatur, sed non puto eò recurrendum esse, nam nec emtor de culpa tenetur, sed eam impune committit, quod autem læsionem emendare cogatur, id non est ex culpa, nunc commissa, sed ex obligatione primitiva, quæ cum ipso contractu enata est & hactenus semper subsistit.

OBSERV. DXLVI.

Sive non accesserit -- -- -- obst. l. 12. §. 1. de jur. dot. &c. lit. P.) Hæc quoque assertio verissima est, emtorem scilicet ad emendandam læsionem obligari, licet res emta casu perierit, nam obligatio illa est principalis, adeoque semper durat, quicquid rei emtæ eveniat, ceu *Observ. præced.* monuimus. Non obstant huic assertioni textus, quos *AUTOR* magno numero objecit, nam *l. 12. §. 1. de jur. dot.* loquitur de debitore, ad quem periculum rei possessæ regulariter non spectat, & qui principaliter ad rem præstandam, in subsidium vero, ad justam ejus æstimationem tenetur, qui adeo, re casu exstincta, ad solidam æstimationem non obligatur. Ab hoc verò ad emtorem, periculum rei sustinentem ac ad æstimationem principaliter obligatum, inferre non licet. *l. 91. §. 3. de V. O. l. 14. §. 1. deposit. l. 36. §. fin. de Legat. I. l. 1. §. fin. si cui plus quam per L. falcid.* loquitur de debitore speciei, & cujus adeo obligatio in re unicè fundatur, hic casuali rei interitu liberatur, sed emtoris obliga-

ligatio in re emta non fundatur, hinc hac licet peremta, illa tamen manet. *l. 125. de R. J. reos actoribus favorabiliores* pronunciat, scilicet in dubio, sed hic obligatio rei satis certa est. *l. 4. C. de emanc.* contendit *beneficia in nullius injuriam tribuenda esse*, sed hoc ad casum nostrum applicari nequit, cum in eo, in nullius injuriam quid asseratur. In *l. 52. §. fin. ad L. aquil.* culpa requiritur, ut aliquis obligatus dici queat; Verum id pertinet ad eum casum, ubi ex facto obligatio de novo oriri debet, adeoque cum nostro casu nihil habet commune *l. 26. §. 4. de noxal. action. l. 62. pr. de furt.* ostendunt, quod sublata obligatione principali, accessoria seu secundaria quoque ruat. Sed hic est casus inversus, ubi obligatio secundaria ad rem præstandam, extincta est, quæ principalem, ad emendandam læsionem, simul non tollit.

2. Interim multi putant, quod re casu peremta, emtor læsionem emendare non debeat. In hac sententia est *Dn. STRYK in not. h. ad p. 343.* sic etiam *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 3.* postquam ad textus responderat, subjicit: *Sic equidem olim Auctorem secutus existimavi. At nunc, re curatius aliquanto perpensa, parum abest, quin sententiam mutem.* Ratio mutatæ sententiæ est, quod emtor principaliter ad rem præstandam, subordinate verò seu secundario ad pretium supplendum obligetur, perinde sicut dominus primario ad restitutionem damni, secundario autem ad noxæ deditionem teneatur, sublata igitur, rei emtæ interitu, obligatione principali, accessoria quoque intercidat. Verum ista me nondum movent, ut sententiam, hactenus cum *AUTORE* probatam, mutem, nam in utroque præsupposito, quod retuli,

tota

tota rei ſeries pervertitur. Dominus non tenetur primario ad damni æſtimationem, & ſecundario ad noxæ deditionem, ſed potius vice verſa, principaliter obligatur ad noxam dedendam, &, ſi hoc nolit, demum ad damni æſtimationem, ſane hanc obligationem ex nullo alio fundamento, quam negata deditione, facilè deduxeris, & hinc etiam eſt, quod noxa caſu extincta, dominus liberetur juxta *l. 26. §. 4. de noxal. action.* quod profecto non poſſet admitti, niſi obligatio ad noxam dedendam eſſet principalis. Amplius emtor non obligatur principaliter ad rem præſtandam, & ſecundario ad ſupplendum pretium, hoc enim ſi eſſet, venditor quoque læſus haberet principaliter jus ad petendam rem, & ſic in effectu contractus nullus foret, quod tamen non eſt. Quare potius juxta intentionem contrahentium ſic dicendum: Ambo probarunt contractum, hinc ſubſiſtit ille, læſione licet interveniente, nec læſus venditor habet jus illum evertendi, ſed ſolum petendi læſionis emendationem, hæc igitur eſt obligatio principalis, quodſi vero emtor rem, ſi adſit, malit reddere, cum venditori hoc non ſit ingratum futurum, ideo id ei permittitur, hinc enaſcitur obligatio ſecundaria ad rem reddendam, quæ non ſemper adeſt, ſed tum demum, ſi objectum permittat. Cum igitur præſuppoſita illa dubia ſint, hinc illatio, inde facta, quod emtor re exſtincta liberetur, admittenda non erit. In præcedentium illuſtrationem, hoc perpendendum damus: Si quis juſto pretio rem comparet, is totum pretium ſolvere cogitur, licet res accepta caſu perierit, quod omnes concedunt, cur ergo, ſi viliori pretio rem emerit, pretium, re peremta, ſupplere non deberet? Subeſt ſane utrobi-

bique eadem ratio, emtor dominus est, eique res perit, obligatio autem ad pretium vel solvendum vel supplendum, rei interitu non variatur. Ex quo liquet, nec hoc nostræ sententiæ cum effectu objici posse, *quod re peremta emtor nullum habeat lucrum*, nam non ex *lucro durante* ejus obligatio repetenda est, sed ex *contractu semel inito* eadem judicare debet, ac imputet sibi emtor, quod rem perituram comparaverit, alioquin si ista ratio valeret, nec pretium, quod pro re emta debetur, solvendum foret, cum nec eo casu emtor, re extincta, lucrum habeat.

OBSERV. DXLVII.

Secus est, si sua culpa rem amiserit) Non est secus, sed potius eo etiam casu, quo emtor læsus rem emtam sua culpa amisit, efficacem habet actionem contra venditorem, ut hic læsionem emendet, nam emtor fuit dominus, potuitq; sua re abuti, ut hactenus ne quidem proprie sic dictam culpam commiserit, hinc nec per istud factum suo jure privabitur. Deinde venditor principaliter ad læsionis emendationem est obligatus, receptio rei ac restitutio pretii, atque ita totius contractus resolutio, velut res innoxia ac emtori non displicitura, in subsidium ei, si locum habere queat, indulgetur; re igitur extincta, ad eam, eludendæ obligationi principali, frustra recurret. Denique nulla venditori infertur injuria, cui, justum pretium retinuisse, hoc quoque casu satis esse potest. Atque hæc sententia etiam placet *Dn. STRYKIO in not. h. ad p. 344.*

OBSERV. DXLVIII.

Non etiam datur venditori contra tertium possessorem) Hæc assertio rectè se habet, ac per omnes amplia-

pliationes hic allatas, ex principiis naturalibus defendi poteſt. Nimirum venditor tranſtulit dominium, ergo id cum effectu ab emtore amplius alienari poteſt. Rurſus emtor ad læſionem emendandam quidem eſt obligatus, ſed illa reſtitutio non eſt facienda ex re emta præciſe, ſed ex bonis in genere, hinc nec hæc obligatio validam translationem impedit, quodſi igitur hæc fiat, & emtor ſolvendo eſſe deſinat, tum actio venditoris fit inanis, quod ad mala fatalia referre debet. Illud dubium non eſt, quin tertius, qui rem ex cauſa lucrativa accepit, hoc caſu, ex lege humanitatis, aliqua præſtatione, venditorem ſolari debeat, ſed iſta extra tabulas fori civilis eſt.

OBSERV. DXLIX.

Locum habet hæc querela lit. O.) Summa doctrinæ, hic latius propoſitæ, eſt, quod querela detur in omni contractu oneroſo, quoties in læſionem non conſenſum eſt, id quod ex modo contrahendi accuratè judicari debet. De cætero eam, contra diſſentientes in nonnullis exemplis eò facilius ſuſtinueris, ſi attendas, quod neceſſitas reſtituendi damnum, non demum *l. 2. C. h. t.* introducta ſit, ſed quod illa ex naturali præcepto veniat, per *d. l. 2.* verò ſaltem approbata, imo reſtrictione duriori, ad læſionem enormem applicata ſit.

OBSERV. DL.

Datur alternativè lit. O.) Neque tamen illa alternatio vulgari modo, quaſi ſcilicet ad utramque præſtationis partem æqualiter ſe habeat, intelligi debet, ſed potius ſic explicanda eſt, ut lædentem principaliter ad emendationem læſionis, ſecundariò verò ad reſcindendum contractum, dicamus obligatum, prout hunc

hunc ordinem *AUTOR* hic recte servavit. De cætero accuratam hujus ordinis observationem, non esse inanem, ex *Observ. 546. 547.* liquet.

Observ. DLI.

Tum debet integrum rei verum pretium supplere) Etiam usuras supplementi emtor præstare deberet, si juxta legis naturalis ἀκρίβειαν, hic pronunciandum foret, dum enim re emta majoris pretii hactenus usus est, nec tamen supplementum præstitit, tam ob utilitatem perceptam, quam moram re ipsa commissam ad usuras obligatus est. Sed iste rigor in foro civili non observatur, ex quo fundamento Venditor quoque à necessitate præstandi usuras pretii excedentis absolvitur, imo in genere accurata fructuum usurarumque computatio negligitur, ut de accessionibus neutra pars teneatur, ceu *AUTOR* hic secundum diversos casus tradit. *conf. BERGER resolut. h. qu. 8. 9.*

Observ. DLII.

Contractu ex hac causa rescisso, gabella pro contractu soluta, â fisco non repetitur) Sive contractus subsistat, sive rescindatur id quod læsus ejus occasione expendit, neque â fisco repetere potest, neque ab altero contrahente, nam fisci rationes ob alterius imprudentiam turbari, molestum est, contrahens vero id non accepit, hinc ab eo nihil peti potest, quare læsus hoc damnum vel pro fortuito reputare, vel suæ negligentiæ imputare debet, cujus nulla est restitutio. Atque hoc etiam de laudemio dicendum videtur, licet Magistratum ad illud restituendum obligari putet *FRANSKIUS* referente *STRYKIO in not. h. ad p. 349.* nam ratio allata quoad illud quoque locum habet.

OBSERV. DLIII.

Hæc querela per modum actionis instituitur in foro domicilii) Ubi actio hæc sit instituenda, quoque processu tractanda, id ex statu Reipublicæ ac voluntate cujusvis Imperantis dependet, ut hactenus legibus Romanis hic nihil debeatur.

OBSERV. DLIV.

Specialis ejusdem renunciatio lit. D.) Mero jure naturali quævis renunciatio seria sufficit, sed ambiguis interpretum sententiis, eò fere deventum est, ut specialis sit necessaria, *l. fin.* §. *3. de condict. indeb.* & *l. 19.* ... *inoffic. testam.* non negant, quin generalis renunciatio tollendo juri sufficiat, sed hoc solum docent, non quamvis renunciationem, aliumve actum qui ita videatur, esse statim generalem, cum ex subjecta materia ejus specialitas intelligi queat. De cætero circa specialem renunciationem hic non est necessaria *scientia justi valoris*, quam aliqui immerito requirunt, nam si talis scientia adesset, tum per hanc querela excluderetur, nec opus esset renunciatione, ceu recte *AUTOR* docuit supra *lit. C.* verb. *ad fundandam n. 2.* nec obstat, quod *juri ignorato non renunciemus*, nam hoc non ita simpliciter admittendum, sed dicendum potius, *juri ignorato & non cogitato non renunciari*, si vero de jure aliquo cogitemus, utut id adesse ignoremus, id, si revera adsit, renunciatione bene tollitur. *conf.* Observ. *372.*

OBSERV. DLV.

Juramentum majoris, quo se contractum servaturum juravit) De jure Saxonico Electorali hæc sententia utique admittenda per *d. Const. 35. p. 2.* sed juxta principia communia & jus civile omnino distinguerem

rem

rem, utrum *de læsione enormi, dum jurabatur, probabiliter fuerit cogitatum*, an *simpliciter contractus jurejurando firmatus*. Illo casu querelam enormis læsionis, jurejurando excludi concedo, hoc autem nego, cum nec juramentum tacitas restrictiones, ex natura rei dependentes respuat, hinc sensus est, *juro me servaturum esse contractum, modo ille suis constet requisitis*, quamobrem sicut in casu simplicis promissionis, citra notam perfidiæ, querela moveri posset, ita eadem in casu appositi juramenti, citra notam perjurii quoque potest institui. Imo si juramentum quoad Minorem, hanc querelam non excludit, ceu mox *AUTOR* fatetur, nec quoad Majorem, hunc habebit effectum, neque enim quoad illum, ratio desumitur ab ejus conditione vel statu, sed potius inde, quod de excludendâ querela non cogitaverit, adeoque juramentum, ultra jurantis intentionem, operari non debeat, sed juxta substratam materiam intelligendum sit, quæ ratio etiam quoad Majorem, locum habet. Denique pro contraria sententia nihil faciunt *l. 77. §. 23. de Legat. 2. arg. l. 1. & seq. auth. Sacramenta C. si advers. vendit.* cum saltem doceant, quod juramentum actus confirmet, juxta intentionem jurantium, sed hoc casu, subesse intentionem excludendi querelam, negamus.

OBSERV. DLVI.

De contractibus qui habent læsionem successivam) Talis contractus est locatio conductio, in hac enim si quis immodica mercede conduxerit, tum singulis annis, in quos merces constituta, læditur, cum igitur læsio successive contingat, & jus agendi eo modo nascatur, hinc etiam successive præscribitur, fac igitur

conductorem, per decem annos, unimodicam mercedem solvisse, â tempore autem initæ locationis, 36. annos elapsos esse, tum sex annis præscriptum est, quoad quatuor autem adhuc agi potest.

OBSERV. DLVII.

Aut adversarius ex sua parte contractum non impleverit) Distinguendi sunt casus, si enim contractus sit saltem perfectus, tum si alter promissum præstare nolit, in arbitrio alterius erit, an contumacem actione ad implendum contractum adigere, an jure reversionis, & in ultionem velut alienæ perfidiæ, â contractu quoque abire velit, hactenus igitur facultas recedendi omnino adest. Si vero alter contractum à sua parte impleverit, altero tergiversante, datum repetere nequit, sed hunc ad implendum promissum actione cogere debet, non obst. *l. 6. C. de pact. inter E. & V.* loquitur enim de emtione vel *conditionali* vel *modali*, quod ex verbis: *certæ rei contemplatione*, satis apparet, hinc quæ de non *impleta promissi fide* ibi dicuntur, non sunt intelligenda de *fide ordinaria*, qua emtor pretium solvere, sed de *extraordinaria* qua conditionem vel modum implere promiserat, hac non impleta, res data repetitur. *conf.* Observ. *347*.

TIT. VI.

DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

OBSERV. DLVIII.

Emtio perfecta) Illud omninò naturale est, ut emtione perfecta, periculum casuale ad emtorem pertineat, seposita enim lege civili, jam dominus est, eâ verò admissâ, habet tamen jus præstantius, adeo ut id,

id, quod penes venditorem adhuc residet, saltem sit precarium, ac ab emtore pro lubitu, modo ipse præstanda præstet, avocari queat. Porro non minus naturale est, ut venditor ad damnum quod ejus facto voluntario accidit, aut quod pacto in se recepit, resarciendum teneatur, hactenus igitur juri Romano, nihil nisi confirmatio debetur.

OBSERV. DLIX.

Aut venditor rem venditam iterum alteri vendiderit & pretium acceperit) Modo secunda illa venditione moram non contrahat, aut rei interitui ansam præbeat. Pone me tibi vendidisse equum, qui tuo consensu per aliquot dies, penes me commorari debeat, interea alii denuo eum vendo pretiumque accipio, sed antequam is tradatur, furto vel simili casu perit, tum nihilominus periculum ad te spectat, adeoque pretium â te exigere, vel jam solutum retinere possum, nam casus ille accidisset, licet ego secundam venditionem non suscepissem, nulla igitur apparet ratio, quare hæc periculum in me transferre debeat. Alia quæstio est, an pretium â secundo emtore acceptum retinere, vel nondum solutum exigere queam? quam negandam puto, nam simulac secundam venditionem suscepi, obligatio ad interesse, vel saltem reddendum pretium exorta est, hæc igitur sicut effectum habuisset, si res vendita salva mansisset, ac primo emtori fuisset tradita, ita per ejus interitum extingui non posse videtur.

OBSERV. DLX.

Licet res vendita eodem modo apud emtorem fuisset peritura) Quæstionem hanc, an post moram etiam interitus rei naturalis ad debitorem pertineat, intrica-

tam & diffusam dicit *BACHOVIUS d. l.* sed juxta principia naturalia, Romanis etiam probata, breviter ita dicendum: Si inter moram & casum est connexio, id quod ex eo liquet, si creditor rem acceptam alienare vel aliò transferre, atque ita eam casui subducere potuerit, tum debitor casum præstare debet *l. 47. §. fin. de Legat. I.* si vero nulla inter moram & casum sit connexio, sed res, mora licet non commissa, nihilominus fuisset peritura, id quod ex circumstantiis iterum colligendum, tum â periculo debitor est immunis *l. 14. §. 1. depos.*

OBSERV. DLXI.

Venditor tamen emtori cedere tenetur actiones) His verò ambagibus hodie opus non esse arbitror, sed si casus â facto tertii dependeat, tum emtor directe contra nocentem agere poterit, modo doceat sibi rem plene fuisse venditam, nam istas cessiones redolere antiqua fori Romani carmina, nimiamque in denominandis actionibus sollicitudinem, facilè liquet.

OBSERV. DLXII.

Nondum perfecta, periculum regulariter ad venditorem pertinet) Hoc etiam naturale est, venditor enim, isto rerum statu, non nomine tantum, sed & re ipsa & cum effectu dominus est, adeoque ei res meritò perit, in determinanda tamen Venditionis imperfectione, quoad res quæ ad mensuram, pondus & gustum vendi solent, multum tribuendum juri Romano.

OBSERV. DLXIII.

Venditio facta sit ad quantitatem) Quoad has res observandum, quod duplici, nonnullæ etiam triplici modo vendi queant. (1.) Per *aversionem*, ut si quis omne

mne vinum, quod in cella est, uno pretio, vel pratum aliquod simpliciter emat, hoc casu emtio statim perfecta est, ac periculum pertinet ad emtorem; (2) ad *quantitatem*, tum antequam admensio vel appensio intercedat, venditio est imperfecta, & periculum venditoris; (3) ad *gustum*, hoc casu venditio non simpliciter sed ratione qualitatis rei est imperfecta, hinc hujus periculum ad venditorem ante degustationem pertinet. *vid. HUBER. in posit. ad J. de E. V. n. 24.* Jam quod attinet existentiam, primus modus regulariter cessat nec præsumitur, secundus verò ordinariè obtinet. In rebus, quæ degustationem admittunt, prima & secunda contrahendi ratio concurrunt. Hinc si v. gr. vinum venditum sit, ante admensionem & degustationem, omne periculum est venditoris, si facta sit admensio sine degustatione (quod quidem non facile fiet) tum periculum quantitatis ad emtorem, qualitatis ad venditorem pertinebit, si verò vice versa, degustatio quidem intervenerit, sed non admensio (id quod facilius contingere potest) tum periculum qualitatis ad emtorem, quantitatis ad venditorem spectabit. Potest etiam primus & ultimus contrahendi modus concurrere v. gr. si quis sex amphoras, quæ jam repletæ existunt, vel uno vel in singulas constituto pretio emat *vid. CARPZOV. p. 2. C. 25. D. 23. n. 7. 8.* hoc casu ante degustationem periculum qualitatis, erit venditoris, quantitatis vero, simpliciter emtoris, subsecuta degustatione, etiam qualitatis. OBSERV. DLXIV.

Licet. e. g. decem oves è grege venditæ fuerint & postea universus grex perierit obst. l. 34. §. 6. de C. E. V.) Hoc casu periculum est utique venditoris, fuit enim

venditio facta sine designatione certorum capitum, sub conditione annumerationis, hac igitur nondum secuta, omne damnum ad venditorem pertinet. Non obstat. *d. l. 34.* §. *6.* nam ab emtione alternativa perfecta, ad conditionalem imperfectam, non licet inferre. In illa enim duæ res electivè præstandæ determinantur, altera igitur venditoris, dum electionem & rem amittit, altera verò emtoris periculo est, quia objectum omne, quod in contractu erat, ita tollitur. Sed in hac non hoc agitur, ut vel hæ decem oves, vel iis deficientibus, tot aliæ ex reliquo grege præstentur, adeò ut illarum damnum ad venditorem, harum verò ad emtorem spectet, prout obiter consideranti videri potest, sed potius indefinite ex grege decem oves, sub conditione adnumerationis, emuntur, igitur & decem ovium & totius reliqui gregis periculum, pendente conditione, ad venditorem pertinet. *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 4.* respondet ad *l. 35.* §. *5. de C. E. V.* sed lectionem Codicis mei, de anno *1681.* quæ *d. l. 34.* §. *6.* objicit, præferendam existimo.

Observ. DLXV.

Eoque magis periculum ad venditorem pertinet -- -- -- obst. l. 1. pr. h.) Hic textus accipiendus est de venditione per aversionem facta, hoc enim probabile (1.) est ex eo, quod simpliciter periculum & qualitatis & quantitatis ad emtorem pertinere dicatur, idem suadet (2.) contextus, dum conditio degustationis non negligenda esse mox perhibetur, ut inde facile colligas diversos has assertiones præsupponere casus, denique (3.) collatio *l. 4.* §. *1. h. t.* quæ ejusdem est Autoris, ex eodem libro depromta, id amplius evincit.

Lib.

Lib. XIX. Tit. I.

DE ACTIONIBUS EMTI ET VENDITI.

Observ. DLXVI.

A*Ctio emti*) Quæ de actione Emti & Venditi *AUTOR* prolixe satis commentatur, illa pertinent d Officium Venditoris & Emtoris consequens. Uerque autem obligatur ad fidem servandam & dannum resarciendum, quoad prius præceptum sæpe occurrunt quæstiones facti seu voluntatis, *quid promissum sit*, in quibus determinandis & consueta interpretandi principia, & consuetudo regionis & interpretatio legis Romanæ authentica, si adsit, observari debent, circa posterius itidem in facto sæpe quæritur an *damnum invito* ac *alterius voluntate* acciderit, id quod ex circumstantiis quoque judicandum. Ex quo liquet, quod hæc doctrina, non Romana, sed naturalis sit.

Observ. DLXVII.

Qui per nuncium emit vel vendit, illi & contra illum directa hæc actio competit lit. P.) Sed de nominibus hodie non valde laborandum, hinc si etiam per procuratorem quis contraxerit, perinde erit, sive actionem directam, sive utilem dicere velis, hoc enim potius spectandum est, an is probare possit, quod ipsius nomine, per alium, contractum sit.

Observ. DLXVIII.

Non etiam quæ extra rem lit. O.) Videtur *PAULUS* in æstimando eo quod interest, sibi ipsi contrariari, nam in *l. 21. §. 3. h. t.* lucrum negotiatione quærendum excludit, sed in *l. 13. rem. rat. hab.* sub eo,

 quod

quod intereſt, comprehendit, quantum alicui abſit, quantumque lucrari potuerit. Sed videtur hæc res à circumſtantiis dependere, adeo ut lucrum probabiliter ſperatum ad rationes ejus quod intereſt, pertineat, incertum verò, ac vana ſaltem imaginatione repræſentatum, inde arceatur.

OBSERV. DLXIX.

Quibusdam in locis ad transferendum rei immobilis venditæ dominium requiritur judicialis reſignatio lit. O. n. 1.) Quod poſt *FRANSKIUM d. l.* fruſtra negare videtur *STRUV. S. J. C. Exerc. 23. §. 108.* Ex eo autem deducit *Dn. BERGER in reſolut. h. qu. 4.* quod ante reſignationem illam, venditor, utpote adhuc dominus, rem venditam oppignorare queat, adeo ut hypotheca hæc, hypothecæ ab emtore interim quoque conſtitutæ, ſive priori ſive poſteriori, præferatur. Sed forte plus venditoris dominio tribuitur, quam meretur, eſt enim mere precarium, ac ab emtore pro lubitu avocari poteſt, licet enim emtor reſignationem judicialem quandoque non ſtatim impetrare poſſit, hoc tamen non fit ob conſtans aliquod venditoris dominium, ſed potius vel ex mora legali, dum reſignationibus certa tempora ſunt ſtatuta, vel interceſſione tertii, vel cunctatione ipſius emtoris dependet, juxta hæc igitur incongruum fuerit dominino precario tribuere quod valido & efficaci tantum competit. Atque id etiam magis apparet, ſi conſideres, quod emtor quoad periculum & commodum, jam pro domino habeatur, hæc enim ſatis oſtendunt, dominio venditoris, notabilem aliquem effectum adſcribi non poſſe. Denique ſi perpendas ſcopum reſignationis judicialis, non videtur ea ex ratio-

rationibus privatis, sed publicæ potius utilitatis, esse introducta, quamobrem illa non tam requiritur, ut venditor per eam plenius jus in emtorem transferat, sed potius, ut publico nomine, ille dimittatur, hic vero pro domino declaretur, juxta respectus igitur privatos, venditor ante resignationem judicialem, jam omne jus amisisse adeoque nihil in præjudicium emtoris amplius facere posse videtur. Ex quibus etiam satis apparet, quare vel â domino in genere, vel in specie ab eo, cujus rem alius bona fide possidet, ad venditorem inferre non liceat, illi enim habent dominium efficax, hic vero precarium, & quod non tam dominium est, quam videtur. Sed de hoc dubio rerum forensium periti amplius viderint!

OBSERV. DLXX.

In debita qualitate lit. O. n. 3) Quæ hic *AUTOR* de emendanda læsione emergente disserit, iis in genere obstare videtur *l. 2. C. de rescind. vendit.* juxta quam læsiones non dolosæ, saltem emendari jubendur, si dimidium excedant, interim â nullo interprete, quod sciam, hoc dubium movetur, & satis tamen apertum illud videtur! An igitur dicemus, nimis secure ex legibus antiquis, æquitatem naturalem simpliciter sectantibus, quæstiones propositas hic decidi, cum tamen *d. l. 2* leviores læsiones conscientiæ contrahentium unicè committi, enormes vero in foro civili saltem emendari voluerit? Quodsi hoc nolis, mihi quidem non alia conciliandi ratio jam succurrit, quam ea, quam *Observ. 540.* proposui, nempe ob læsiones etiam leviores agi posse, si post breve tempus, & contractu velut adhuc fervente, de iis querela moveatur.

OB-

OBSERV. DLXXI.

Hoc enim pactum neque ratione fisci, neque ratione contrahentium subsistit) Hoc ita lege positiva, ob utilitatem publicam constitutum est, & confirmatum videtur *DECIS. SAXON. 65.* nec obstat. *l. 52. §. 2. de pact.* nam alia ratio est creditoris hypothecarii, qui ad tempus solum rem tenet, & emtoris, qui irrevocabiliter rem acquirit, ille igitur ratione tributorum indemnis conservari potest, non hic. *add. BERGER resolut. h. qv. 7.*

OBSERV. DLXXII.

Obst. l. fin. vers. respondit de jur. fisc.) Hæc objectio non pertinet ad thesin immediatè præcedentem, quæ de emtore loquitur, sed ad remotiorem, de venditore conceptam. Debebat igitur hoc ordine res proponi; *vendita ante vindemias merces, tota restituenda est emtori,* (tum enim merces pro fructu pendente seu parte rei habetur adeoque emtorem sequitur) *facta verò venditione post vindemias, tota merces manet venditoris, licet locatio demum post venditionem finiatur,* (nam sicut hoc casu, locatione non facta, lucraretur fructus naturales, ita, illa intercedente, accipit mercedem, in horum locum surrogatam, tam illi enim quam hæc, sunt fructus percepti adeoque penes venditorem manere debent) *obst. l. fin. de jur. fisc.* ibi enim dicitur, *quod fructuum ante perceptorum pensio etiam sequatur emtorem, si ejus solvendæ dies nondum venisset, cum venditio fieret.* Dicendum videtur, quod ibi habeatur exceptio à regula modo proposita. Scilicet venditione post fructuum naturalium perceptionem facta, merces regulariter sequitur venditorem, quia, ut diximus in locum fructuum naturalium surroga-

rogatur, adeoque horum jure censetur, ast si pensioni solvendæ certa dies præstituta sit, ante cujus existentium solvere non teneatur conductor, tum, licet venditio post naturalium fructuum perceptionem facta sit, dummodo ante diem cedentem, pensio acquiritur emtori, quod in *d. l. fin.* dicitur, nam per conventionem, qua dies præstituitur, effectum est, ne pensio ex perceptione fructuum naturalium æstimari queat, sed potius, sine respectu ad naturales, tamdiu pro fructu pendente, emtoremque adeo secuturo, habeatur, donec dies existerit. Hanc responsionem si admittas, non opus est, ut cum *PEREGRINO d. l.* aliisque dicamus, in *d l fin.* speciale esse in emtore, qui â fisco emerit, huic pensiones ideo relinqui, quod locationi, â fisco factæ, stare teneatur, quo gravatus in uno, relevetur in altero.

OBSERV. DLXXIII.

Item tradit de pharmacopolio, quod est in domo vendita) Quia scilicet, ex doctrina *COLERI d. Decis. 286.* est res immobilis. Verum licet hoc admittas, id tamen, quod eliciunt, inde non sequitur, nam pharmacopolium suis mercibus instructum, est quidem *in domo*, sed non *de domo*, si ita loqui licet, sed potius velut res per se subsistens spectari debet, hinc etiam pro lubitu ejus, qui exercendi illius jure gaudet, ad hanc vel illam domum transferri potest. Alias dubia quæstio est, utrum pharmacopolium immobilibus, an mobilibus rebus annumerandum sit? seposita tamen speciali legis dispositione, prius videtur esse magis probabile, nam universitas mercium, ex quibus illud componitur, ut res perpetuo & per se subsistens spectari solet, hinc etiam mercibus sigillatim

venditis semper aliæ surrogantur, quo perpetuitas totius corporis conservetur, accedit quod in re immobili merces existant, quæ intentio producendæ immobilitati sufficit. Idem dicendum erit de tabernis mercatoriis, nam eadem harum est ratio. Exinde hoc quoque inferrem, statuta vel rescripta specialia, quibus merces venales, pro rebus mobilibus declarantur, non facile ita esse accipienda, ut doctrinam præcedentem turbent, cum commode de mercibus sigillatim, & extra corpus vel massam negotiationis, spectatis, utplurimum explicari queant. De officinis tonsoriis, Barbierstuben, minus dubii est, quod rebus immobilibus, & quidem per se subsistentibus, accenseri debeant, nam merces hic nullæ sunt, quæ in præcedentibus exemplis, dubium excitabant. *conf. BERGER resolut. h. qu. 10.*

OBSERV. DLXXIV.

Qui tibi habentur ut crescant, illos fructuum nomine emtori tribuunt) Sed hæc sententia non est adeo probabilis, sicut enim animalia, quæ in fundo eo fine habentur, ut crescant, emtori fructuum nomine tribui non possunt, ita etiam pisces, qui in vivario aluntur, ejusdem fructus non erunt, nec adeo emtorem sequentur.

OBSERV. DLXXV.

Thesaurum tamen quem in vendito fundo, antequam traderetur, invenit venditor, retinet) Contraria sententia verior videtur. Licet enim *l. 63. §. 4. de A. R. D. & l. 13. §. 8. de A. E. V.* quas, præter alias, dissentiens *NEBELKRAH* excitavit, non adeo huc quadrent, attamen ratio, quam cæteri textus etiam innuunt, satis hanc sententiam sustinet. Nimirum insignis

signis videtur esse Interpretum abusus, quando jura, quæ dominium verum & efficax præsupponunt, ad venditorem trahunt, qui tamen dominus saltem precarius, putativus magis quam verus est. Hinc licet regula illa vera sit, quod dominus thesaurum in suo inventum lucretur, attamen ad venditorem illa non pertinet, qui potius, ratione rei venditæ, pro extraneo habendus est, emtori autem potius jus adscribi debet, quod innuit *d. §. 3. J. de E. V. l. 1. C. de P. & C. R. V.* hinc vulgaris responsio: *quod loquantur de commodo intrinseco, seu eo, quod rei emtæ cohæret*, illarum vim non elidit, nam ita quidem est, interim ratio acquisitionis in eo posita est, quod emtor in effectu rei emtæ jam sit dominus, quæ etiam quoad acquirendum thesaurum recte allegatur. Juxta hac igitur venditor jure extranei in hac quæstione censeri, & pars dimidia thesauri fortuito inventi ei tribui debet, quo fine provocatur ad *l. 67 de R. V.*

OBSERV. DLXXVI.

Per hanc traditionem venditor non necesse habet ut rem emtoris faciat -- -- -- sed sufficit, ut præstet ei, rem habere licere) Clarius diceres; venditorem non debere transferre dominium *verum*, sed *præsumtum*; indoles enim negotiorum humanorum non admittit tantum rigorem, ut semper de veritate dominii constare debeat, hinc sufficit, si ex circumstantiis probabile sit, dominium esse translatum. Quod autem *AUTOR* in venditione rerum fungibilium, præcise dominium transferendum esse, cum nonnullis arbitretur, id meras speculationes redolere, in vita autem civili nullum usum habere videtur, fac enim v. gr. vinum alienum vendi & tradi, num olfacere poterit em-

emtor rem esse alienam? nonne contentus esse debebit præsumti dominii translatione? sane si nulla ei dubitandi ratio suppetat, plus exigere non potest. Nec obest, *quod ita furtum committatur & res nunquam usu capi queat*, nam primo hæc ratio quoad res mobiles non fungibiles etiam allegari potest, secundo esto, quod cesset usucapio, interim tamen suo modo valuit venditio, tertiò potuit ipse venditor rei conditionem ignorasse, hinc vitium furti cessabit, denique in rebus fungibilibus, nisi forte præter intentionem diu asserventur, non opus est usucapione. Porro nec id obstat, *quod hæ res statim consumantur adeoque dominium vere translatum esse, necesse sit*, nam ex eo, quod res statim consumantur, hoc saltem sequitur, quod dominium & rei vindicatio veri domini quoad eas non adeo durabilis sit, sed mox extingui queat, minime verò, quod venditor præcise dominium transferre debeat, aut emtor ea exigere queat, quorum præstationem sors humana non admittit.

OBSERV. DLXXVII.

Actio venditi) Obligatio emtoris, quam *AUTOR* nunc persequitur, jure naturali constituitur, ac â Romanis saltem confirmatur. Actionem vero directam & utilem *lit. S. P.* usuras officio judicis in hanc actionem venientes, stipulationem, pactum in continenti adjectum *lit. O.* esse emblemata fori Romani & hodie nullius usus, vix admoneri debet.

OBSERV. DLXXVIII.

Et quidem ita solvendum ut nummos venditoris faciat lit. O.) Circa hoc repetenda ea, quæ *Observ. 576.* dixissi Romani dicerent, dominium nummorum præcise esse transferendum, ego tamen ipsis non

cre-

crederem, cum commercii humani indoles id affertum repudiet, ut paulo ante oftenfum, fed non videntur id dicere, nam in *l. 11.* §. 2. *b. t.* emtor nummos venditoris facere cogitur, fcilicet *præfumtive*, plus enim fruftra exiget venditor, cum voti compos fieri nequeat, cum hæc probatio fit perdifficilis imo quandoque impoffibilis, hinc commercia ifta ratione morari non decet. Quando autem præfumtio illa eliditur, ac nummos alienos folutos effe apparet, tum emtor utique tenetur ceu docet *l. 7. C. b. t.* perinde, ac venditor eo cafu evictionem præftare cogitur. Argumentum denique, quod ex §. 2. *J. de ufufr.* defumitur, nummos fcilicet effe rem fungibilem, jam *d. Obferv. 576.* elifum eft.

OBSERV. DLXXIX.

Hinc emtor, qui propter imminens evictionis periculum, pretium retinet, donec fatisdatio præftetur, ad illius temporis ufuras non tenetur -- -- -- diffent. Carpzov) Sententia diffentientis *CARPZOVII* quæ etiam *Dn. STRYKIO in not. b.* placet, uti communior eft, ita etiam æquior & verior videtur, licet enim emtor in mora non fit, attamen ex re tradita fructus percipere potuit; imo etiam plerumque percipit, hinc æquum eft ut venditori æquipollens præftet, neque enim hujus confenfus in damnum, quod negatis ufuris fentiret, ftatim allegari poteft, cum caufa præftandæ fatisdationis poffit effe dubia, nec adeo venditori, promte eam non præftanti, aliqua culpa imputari queat. Equidem *AUTOR* nimis ftricte, neceffitatem præftandi ufuras, ex mora repetere, perceptionis verò fructuum nullam rationem habere videtur, quæ tamen fententia ita fimpliciter non procedit. Pofi-

tive qu idem dicere licet: *ob moram emtor usuras solvere debet, licet actu nullos fructus perceperit*, quod *AUTOR* mox inculcat, nam periculum deficientium fructuum, ad eum, velut dominum, pertinet. Requiritur tamen ut venditor rem præstiterit, adeoque, quantum in se est effecerit, quo emtor eos percipere queat, sine hoc enim, hic, solutionem differens, in mora esse dici nequit. Sed negative res non procedit: *negata mora, usuræ non sunt solvendæ*, quia sola fructuum perceptio ad id sufficere potest, hoc enim uti manifeste æquum est, ita in *l. 16. §. 1. de usur. l. 5. C. h. t. l. 13. §. 20. h. t.* quas *AUTOR* mox allegat, satis etiam fundatur.

OBSERV. DLXXX.

Fide de pretio non habita, statim à die factæ traditionis) Recte dicitur, quod mora ab emtore statim committatur, simulac ei res tradita est, & is solutionem sine justa causa differt, nam in emtione venditione, obligatio reciproca est, quamprimum igitur venditor rem præstat, emtorem simul velut interpellat, quo & suæ obligationi satisfaciat. Non obstat *l. 3. C. quib. in. caus. in integr. restit.* loquitur enim de obligatione unilaterali, quando quis ex fidei commisso vel legato obligatus est, vel quando emtor fide de pretio habita, pecuniam debet, in his enim casibus, si obligatio pura sit, debitor non aliter in mora constituitur, quam per interpellationem, nisi minor sit creditor, tum enim re ipsa mora contrahitur. Nec *l. 5. C. de pact. int. emtor.* qui textus accipiendus est de casu, ubi fides de pretio habita est, nisi enim hoc supponas, oppositio duplicis casus, quæ ibi fit, vix recte se habet. Hoc verò admisso res omnis perspicua est; Ni-

Nimirum vendidi tibi rem, fide de pretio habita, quæritur an usuras pretii tardius exsoluti solvere debeas? respondetur in *d. l.* si pactum eo nomine interpositum, usuræ quoad omne tempus solvendæ, si non, â tempore moræ, quæ scilicet, pro ratione fidei habitæ, vel lapsu diei, vel interpellatione contrahatur *L. 13. C. h. t. l. fin. de peric. & comm. rei vend.* saltem docant, quod ob moram usuræ sint solvendæ, & quod mora probanda sit, *quando* autem illa contrahatur, id non definiunt.

OBSERV. DLXXXI.

Etiamsi emtor ex re vendita maximos, vel etiam nullos plane perceperit fructus) Videtur *AUTOR* in his & sequentibus verbis, diversas quæstiones miscuisse, quæ tamen eodem modo decidi non possunt. Quæritur (1.) *an emtor saltem quincunces solvat usuras licet maximos fructus ex re emta perceperit?* Hoc affirmandum, quia emtor est dominus rei, quem adeo fructus merito sequuntur, usuræ autem per legem civilem sunt determinatæ, hinc emtor officium implet, si secundum quantitatem definitam eas præstet, ac imputet sibi venditor, quod rem suam cum pecunia commutaverit. (2.) *An emtor ob moram ad usuras teneatur, licet nullos fructus ex re emta perceperit?* Hoc quoque affirmandum, obligatio enim usurarum ob moram voluntariam semel constituta est, damnum vero emtorem velut dominum sequitur, distinctius dici potest: vel fructus non percipit ob negligentiam, tum merito ignaviæ suæ luit pœnam, vel ob casum, hoc malum fatale ferre debet, tanquam dominus, & imputet sibi, quod pecunia sua, rem, casibus obnoxiam, comparaverit. Humanitas tamen hoc casu emto-

ris rationem haberi jubet, ſed illa eſt extra publicas tabulas. (3.) *An ad uſuras teneatur licet facultatem fructus percipiendi non habuerit?* Hoc quoque AUTOR affirmare videtur, quando *l. 16. §. 1. de uſur.* in qua diſerte hoc negatur, intelligi vult ſecundum *l. 13. §. 21. h. t. aliosque textus allegatos.* Nihil tamen certi de ſententia AUTORIS pronunciabo, hoc ſaltem dicam, quæſtionem allatam eſſe negandam, quando enim venditor rem non tradit, adeoque, quantum in ſe eſt, haut efficit, quo emtor fructus percipere queat, tum hic moram non committit, hinc ad uſuras quoque non erit obligatus, id quod etiam *d. l. 16. §. 1. de uſur.* ut & *l. 13. §. 21. h. t.* aperte docent. (4.) *An emtor ſi moram non committat, fructus tamen actu percipiat, uſuras ſolvere teneatur?* hoc AUTOR, niſi fallor, negat, ſed niſi venditor in illud emolumentum emtoris conſentiat, affirmandum eſſe puto, per ea quæ dixi *Obſerv. 579.* In ſpecie pro hac ſententia facit *l. 13. §. 20. ff. l. 5. C. h. t.*, quas AUTOR quidem intellectas vult ſecundum *l. 13. §. 21. h. arg. §. 3. J. de E. V. l. 1. C. de peric. & commod. rei vend.* eo ſcilicet ſenſu (ſic enim conjicio) fructuum damnum & commodum ſequi emtorem velut dominum, in quæſtione autem de uſuris præſtandis, moram & facultatem fructus percipiendi, eſſe ſpectandam. Verum illa explicatio admitti quidem poteſt, in caſu moræ commiſſæ, ſed illos textus plus dicere, nempe ſolam fructuum perceptionem, mora licet nulla commiſſa, etiam ad excitandam uſurarum obligationem ſufficere, palam eſt. Nec obſtat, quod perceptio fructuum ad præſtandas uſuras obligare emtorem non poſſe videatur, cum hic jure dominii illos perceperit, nam eſt quidem dominus,

ſed

sed cum respectu ad pretium, hinc quamdiu venditor facultatem hoc fruendi non habet (licet sine mora emtoris, modo propria ejus culpa non concurrat) tamdiu etiam emtor fructus, sine necessitate præstandi usuras, lucrari non posse videtur. Atque hoc etiam amplius confirmant *l. 1. §. 1. de usur. l. 60. pr. pro soc.* quas *AUTOR* sibi objicit, dum ob solum usum, socium ad usuras obligari docent. Vulgo quidem respondent, disparem esse rationem socii & emtoris, cum ille utatur re *communi* vel *communicanda*, hic vero *propria*, attamen si quis expendat, proprietatem emtoris non esse *absolutam*, sed *respectivam*, ceu modo annotavimus, ei laudata illa disparitatis ratio fortassis non satisfaciet.

OBSERV. DLXXXII.

Ultra consvetas usuras -- — alia accessio exigi non potest ulla ratione) Ut penitius hæc quæstio intelligatur, duplex ejus sensus distinguendus videtur; (1.) *an sub nomine pœnæ vel ejus quod interest, ultra consuetas usuras, ab emtore stipulari quid liceat, adeo ut illud simpliciter solvendum sit, commissa mora, licet nullum interesse subsit?* hoc omnino negandum, quia, eo admisso, leges usurariæ nullo negotio eluderentur; (2.) *an, isi interesse revera probetur, aliquid eo nomine exigi queat, sive stipulatio eo fine facta sit, sive non?* hoc quoque *AUTOR* negat, sed obstat *l. 2. §. fin. de eo quod cert. loc.* ad quam responsio, *quod loquatur de pecunia trajectitia*, sufficere non videtur, agitur enim de pecunia illâ in *certo loco reddendâ*, adeoque eadem ibi consideratur ut sors, extra periculum constituta, quæque qualitatem pecuniæ trajectitiæ exuit ac naturam ordinarii mutui assumsit juxta *l. 1. C. de naut. fœn.*

 quam

quam *AUTOR* ad tit. *de naut. fœn.* allegat. Malim igitur distinguere inter *certum* & *incertum intereſſe* quod cogitationibus ſolum repræſentari ſolet, nec enim infrequens eſt, ut homines cogitationibus fœnerent & neſcio quæ lucra, ſuavi imaginatine ſibi polliceantur. Illud omnino venditori volenti præſtandum erit, nam & communis æquitas jubet, ut damnum illatum penſetur, & *d. l. 2. §. fin.* ſatis hoc confirmat. Hujus autem nulla erit habenda ratio. Atque ex his non difficulter reſponderi poterit textibus ab *AUTORE* allegatis. *L. 21. §. 3. h. t.* loquitur de intereſſe incerto, *vid.* Obſerv. *568.* de quo etiam accipi poteſt *l. fin. de per. & commod. rei vend.* Ratio autem quæ ex *l. 21. d. H. & A. V.* deſumitur, *lucrum ſcilicet non ex re ſed negotiatione percipi*, longius petita eſt, nam eſto, quod ex negotiatione lucrum percipiatur, attamen ſine re nulla negotiatio poteſt inſtitui, hinc dum emtor pecuniam debito tempore non ſolvit, utique intercepti lucri vel evenientis damni reus eſt. Quicquid ſit de jure civili, juxta jus Saxonicum, ultra conſuetas uſuras, venditor intereſſe ſuum recte perſequitur *vid. CARPZOV. p. 2. C. 30. D. 9. 10. 11.* quem *AUTOR* infra *tit.* de uſur. *lit. O.* citat.

OBSERV. DLXXXIII.

Differentiam docet) Hæc eſſe poteſt, ſtipulatio pœnæ tendit in fraudem legis uſurariæ, quando enim emtor moram ſimpliciter committit, nec ſpeciale damnum venditori eo ipſo infert, gravi pœna non ſtatim coercendus eſt, cum ſæpe ob inopiam in mora ſit, hinc ſatis viſum eſt legi, ſi cunctationem quincuncium uſurarum ſolutione penſet, quam diſpoſitionem pacto violare non licet. Sed quoad venditorem,

rem, nulla legis prohibitio adest, hinc in casum evictionis, duplum recte stipulamur, nec iniquum hoc est aut nimis durum, nam raro res evincitur, ac adeo stipulatio habet effectum, si vero evictio sequatur, non immerito negligentia venditoris, quæ resolutioni contractus ansam præbet, quæque utilitatis publicæ rationis quoque turbare, adeoque odiosa videtur, dupli præstatione punitur, utrumque secus est in mora emtoris, quæ & sæpius ob egestatem accidere potest, commissa vero contractum non evertit, hinc inhumanitati creditorum lege positiva meritò occursum est.

OBSERV. DLXXXIV.

Si tamen ultra pretium, etiam factum) Ad hunc casum, jus petendi id, quod interest, non esse præcise restringendum ex *Observ. 282.* liquet, & sane quid inter est, sive aliquem omissione facti promissi, sive pecuniæ debitæ dilata solutione lædas?

TIT. II.

LOCATI CONDUCTI.

OBSERV. DLXXXV.

L*ocatio conductio)* Doctrinam hanc esse juris naturalis, vel ex eo liquet, quod vulgo etiam contractus hic consensualis & juris gentium dicatur, hinc quæ de indole hujus negotii, juxta consueta capita, *AUTOR* primò proponit, illa ex communibus rectæ rationis principiis resultant. Nonnunquam tamen consensus lege positiva accuratius definitur, vel aliqua ejus sanctio, circa personas aut materiam cæteraque capita occurrit.

OBSERV. DLXXXVI.

Suo domino potius quam extraneo operas suas pro co-

eodem pretio locent lit. C.) In Saxonia Electorali per biennium, nisi justæ causæ, ut nuptiæ, avocaverint, coactæ ejusmodi operæ sunt dominis præstandæ *vid.* Sächsisch. Gesinde-Ordn. *tit. 3.* Quodsi autem Dominus prædium suum cum omnibus emolumentis alii locet, ac adeo conductor operis illis coactis quoque fruatur, tum ipsi domino, extra predium habitanti, illæ non sunt exhibendæ, nisi conventione vel præscriptione aliud introductum, ejusmodi enim onera libertati naturali molesta, stricte merito accipiuntur.

Observ. DLXXXVII.

Ab academia recedenti equus locandus est lit. C.) Hoc studiosorum privilegium non aliud habet fundamentum, quam cerebrum ineptientium glossatorum, nam *l. 22. C. de curs. publ.* quæ ei probando allegari solet, ad rem nihil facere manifestum est. Illud certum, quod hoc privilegium non aliter sibi asserere queant studiosi, quam si dominum ratione equi locati securum reddant.

Observ. DLXXXVIII.

Tacito utriusque consensu ab initio contrahi vix potest) Exemplum tacitæ conductionis hoc vulgo dant; si quis ædes sciente & patiente domino inhabitet & singulis annis certam pensionem solvat. Verum hoc rarius erit, frequentius, nisi fallor, in viatoribus occurrit, qui in diversorio cœnaculum ad tempus tacitè conducunt, hic enim perinde locatio tacite contrahitur atque emtio; venditio eo modo celebratur, si quis cibum in caupona capiat, imo uterque contractus concurrit, si quis per singulos dies, certum pretium, tam pro cibo, quam habitatione solvat.

Ob-

OBSERV. DLXXXIX.

Si nimirum conductor tempore conductionis impleto lit. C.) Non ex eo solum animus reconducendi colligitur, si finito locationis tempore, in re conducta maneat conductor, sed & ex eo, si ante tempus elapsum, tempestive locationi non renunciet, id quod inprimis hodie attendi, notum est. Ad quantum autem tempus reconductio facta censeri debeat, id magis ex consuetudine locorum & regionum, quam jure civili dijudicari debet. *confer.* BERGER *h.*

OBSERV. DXC.

Objectum locationis & conductionis lit. O.) Circa hoc id etiam spectandum, an sit res locari solita, nam alioquin in contractum non censebitur deducta, licet generaliter contractus loquatur. V. gr. Nobilis in prædio suo, hoc jure gaudet, quod subditi, quando filia elocanda est, certam avenæ quantitatem præstare debeant. Dominus ille prædium suum cum omnibus emolumentis alii certa mercede locat, exceptis tantum nonnullis, quæ sibi specialiter reservavit, de avena autem ad nuptias filiæ elocandæ præstanda nihil diserte dictum. Postea nuptiæ in tempus locationis incidunt ac avena à subditis præstatur, quam conductor ex generalitate contractus, per additas exceptiones etiam firmata, ad se pertinere contendit, & licet noverim, quod aliquando, in casu eveniente, Collegium aliquod juridicum pro conductore, ad privatam ejus consultationem pronunciaverit, cum omne illud debeatur, quod specialiter non sit exceptum, probabilior tamen est sententia, quæ locatoris partes tuetur, quæritur enim de re locari non solita, quod ex omnibus circumstantiis satis apparet, hinc

hinc nisi diserte in contractum deducatur, suâ naturâ est excepta, ex quo etiam ratio contraria facile resolvitur, procedit scilicet illa in rebus locari solitis.

OBSERV. DXCI.

Sive sint incorporales) Uti alias, ita hic etiam frustra velut separatæ species, sibi opponuntur res incorporales & corporales, cum ex inductione liqueat, in omnibus casibus res incorporales seu jura, cum rebus corporalibus, velut objectis suis, concurrere. Sed hoc saltem ad modum docendi pertinet & scholasticum est!

OBSERV. DXCII.

Hujus tamen e. gr. res invectæ primo locatori obligantur pro ea parte qua conduxit) Contrarium docet *AUTOR ad tit.* in quib. caus. pign. tac. contrah. *infin.* ubi etiam *l. 11.* §. *5. de pign. act.* quam hic velut textum probantem allegavit, tanquam obstantem sibi objicit. Observarunt hanc contradictionem jam *STRYKIUS in not.* & *BERGER in resolut. b. qu. 1.* qui etiam primam sententiam probandam esse existimant. Cæterum mihi posterior *AUTORIS* assertio, quod nempe primo locatori in bonis subconductoris tacitum pignus non competat, non improbabiliter defendi posse videtur, licet enim eam non adeo sustineant *l. 24.* §. *1. locat. l. 53. de A. E. V.* quæ infra allegantur, attamen considerandum est (1.) quod subconductor locatori nihil debeat, negata ergo obligatione principali, pignus non videtur locum invenire, accedit (2.) quod solutione sublocatori facta, locator contra subconductorem nihil juris habeat, ex quo iterum manifestum est, quod pignus aliquod, ejus intuitu, non subsit. Deniq; (3.) deficit legis dispositio, nam *l. 11.*

§. 5.

§. 5. *de pign. action.* tacitum pignus saltem asserit sublocatori, quoad locatorem vero non obscure illud negat. Videamus verba cum brevi paraphrasi. *Unde si domum conduxeris & ejus partem mihi locaveris, egoque locatori tuo pensionem solvero, pigneratitia adversus te potero experiri,* (quo scilicet res illatas, tibique tacite oppignoratas, dimittas, seu me illas auferre patiaris.) *Nam Julianus scribit solvi ei posse, & si partem tibi partem ei solvero, tantundem erit dicendum,* (quæ omnia tamen procedunt, si subconductor bona fide & prudenter versatus fuerit, nam si locatori solvat, cum ei conductor jam solvisset, aut compensatione eum excludere posset, tum facit rem sui periculi, ac sublocatori nihilominus tenebitur) *Plane in eam duntaxat summam invecta mea & illata tenebuntur, in quam cœnaculum conduxi, non enim credibile est, hoc convenisse, ut ad universam pensionem insulæ, frivola mea terentur* (occurritur prætextui, si nimirum sublocator, postquam pensionem meam locatori solveram, nihilominus res meas detinere velit, eam ob causam quod nondum omnis pensio soluta sit, adeoque pignus adhuc consistat, tum recte replicabitur, pignus saltem pro meæ pensionis quantitate esse constitutum) *Videtur autem tacite & cum domino ædium hoc convenisse, ut non pactio cœnacularii, proficiat domino sed sua propria* (removeri videtur alius prætextus quod sublocator, ex persona locatoris, pignus aliquod afferere nequeat, de cætero hæc verba ultima satis aperte pignus locatori tacite constitutum negant.) Atque hanc sententiam (4.) *HAHNIUS* & *WISSENBACHIUS* probant, teste *EKHOLTO* ad *ff. in quib. caus. pign. tac. contr.* §. 3. Quodsi tamen quis discrepantes sen-

ten-

tentias conciliare velit, is non improbabiliter dicere poterit: Principaliter res subconductioris, locatori non esse oppignoratas, quorsum referri possunt rationes allatæ, ei tamen teneri in subsidium, si conductor non solvat.

OBSERV. DXCIII.

Quæ est NB. pecunia numerata) Si admittas illam sententiam, quod contractus innominati sint hodie, contractus consensuales, quam infra defendam, tum *NB. AUTORIS* est otiosum, nam si vel maxime contendas, negotium, in quo loco mercedis, alia res, quam pecunia numerata, datur, non esse locationem, erit tamen negotium consensuale ejusdem effectus. Plane illud certum est, quod illo etiam admisso, tamen colonus partiarius, proprie colonus vel conductor non sit, hic enim ne quidem rem aliquam, mercedis loco, præstat, sed ob exhibitionem operarum, in partem emolumenti admittitur, adeoque non *colonus*, sed *Socius* est.

OBSERV. DXCIV.

Locatio finitur lit. C.) Contraria locationis conductionis, summatim duplicis sunt generis. Vel enim *ab initio statim invalida aut vitiosa est* propter metum, dolum, errorem ac enormem læsionem, de quibus ex dictis ad *tit. de C. E. V. & R. vendit.* judicandum, vel *legitime inita ex post facto definit*, quod hic traditur ac ultimatò ex *consensu* seu *contrahendi modo* fluit, adeoque naturale est, in determinando tamen explicandoque, etiam nonnunquam contra consueta ratiocinandi principia, consensu, magnas habere partes legem positivam ac speciatim Romanam, negari nequit.

OB-

Observ. DXCV.

Ante biennium verò ob solam moram expelli non potest) Singularis hæc est dispositio juris Romani, jure Canonico etiam probata, quæ videtur ad imitationem emtionis & venditionis introducta, sicut enim ab hac non temere recedi, sed cunctantem potius, actione contractus, ad eum implendum adigi voluerunt Romani *l. 14. C. de rescind. vendit.* conf. *Obser v. 347.* ita per biennium idem in locatione observari jusserunt. Interim apud RICHTERUM *d. l.* in allato præjudicio nimis scrupulosa illa dispositio visa fuit, hinc biennii quidem fit mentio, sed illud tamen non præcise observandum esse pronunciatur, quamvis pro valore juris civilis, hic omnino sententia ferenda videatur.

Observ. DXCVI.

Generalis conventio de conductore non expellendo sufficere non videtur) Poterat sufficere, nisi fluctuantibus interpretum calculis in aliam sententiam deventum esset, generalis enim locutio regulariter omnia comprehendit, &. si quævis specialia, vim generalis conventionis effugiunt, hujus tandem nullus erit effectus, quod tamen interpretandi genus merito improbatur in *l. 54. §. 1. h.* non occurrit conventio generalis, sed potius specialis, qua id, quod ex natura contractus fluebat, conductorem scilicet injuste expulsum non iri, confirmabatur ac pœna conventionali amplius muniebatur, hæc utique non impedit, quo minus ob justam causam conductor expellatur, quia de hoc non erat conventio inita. Tantundem etiam probat *arg. l. 3. de Legat. 1.* nempè ea, quæ negotiis insunt, si exprimantur, non lædere jus communi-

mune, id quod nobis haut obest. Est igitur duplex quæstio distinguenda, (1.) an conventio generalis jura competentia tollat, & an (2.) quævis conventio, generalis sit, *add.* Observ. 554.

OBSERV. DXCVII.

Non etiam singularis successor) Quoad hunc, seposita legis civilis interpretatione, distinguendum, utrum succedat *jure proprio*, qualis est proprietarius usufructu finito, successor majoratus &c. hic locationi stare non tenetur, nec enim locator durabiliorem conductori promittere potuit conductionem, quam ejus jus permisit, an *voluntate locatoris* ut emtor, legatarius &c. hic juxta interpretationem naturalem locationi stare debet, dominus enim rem locando, alienandi libertatem ita restrinxit, ut durante locatione vel omnino non, vel non aliter, quam salvo conductoris jure, rem alienare possit. Atque hæc sententia in quibusdam locis etiam obtinet, ceu ex *GROENEWEGEN* hic indicatur. Verum jus Romanum aliter contractum locationis interpretatum est, quasi scilicet per eum libertas alienandi haut inhibeatur, sed alienatione facta, obligatio ad interesse, inde saltem nascatur, ideo forte, quod facultatem alienandi ex dominio dependere existimaverit, hoc autem locatione haut afficiatur vel imminuatur, quæ tamen ratio, si subfuit, recte se non habet, cum alienatio non ex dominio, sed libertate profluat, quæ contractu locationis potuit restringi. Malim igitur hanc substituere, nimis molestum juri Romano visum esse, si dominus ob locationem, vendendi occasionem comodam, ac non temere fortassis rediturам, dimittere cogeretur, quam si, admittas, inter-

terpretatio juris Romani nec incongrua, nec iniqua eſt. Ea autem ſtante, cautus eſſe debet conductur, quo midiis habilibus libertatem alienandi coerceat.

OBSERV. DXCIIX.

Aut locator conductori juraverit, ſe contractum ſervaturum) Nam juramentum ſaltem confirmat obligationem ex contractu locationis venientem, ad translationem verò dominii non pertinet, hinc ſicut exceptio non numeratæ pecuniæ poteſt opponi, ſive quis ſe ſoluturum ſimpliciter promiſerit, ſive juraverit, cum & promiſſio & juramentum ſub conditione fiat, ſi pecunia revera mihi numerata fuerit, adeoque jusjurandum facultatem excipiendi non imminuat, quo ſpectat *arg. d. l. fin. C. de non num. pecun.* ita & in hoc caſu juramentum ad alienationem non pertinet, ſed locatorem ſaltem obſtringit, quo vel contractum ſervet, vel intereſſe præſtet. Effectum autem hujus rei, nonnulli ita declarant, quod res locata alienari quidem queat, locator tamen perjurus ſit ac ob perjurium puniri poſſit *vid. STRYK in not. b. ad p. 379.* Verum hanc ſententiam â mente *AUTORIS* abludere putem, ſi enim alienatio cum perjurii vitio conjuncta eſſet, tum ſatius foret, evitando perjurio, alienationem improbare, quam hanc cum crimine admittere. Quamobrem dicendum erit, quod alienatio etiam ſine perjurio fiat, modo intereſſe præſtetur, nam quoties obligatio alternativa jurejurando confirmatur, toties perjurium tum demum committitur, ſi neutra præſtatio ſequatur.

2. Ita pro *AUTORE.* Sed ne quid diffitear, illa ſententia min9 æqua & religioſa videtur, nam juramentum ad imminuendam alienandi libertatem non per-

pertinere, ego neutiquam concesserim, qui enim contractum se servaturum jurat, ille eo ipso facultati alienandi renunciat, ac renunciationem jurejurando confirmat, id quod ex scopo contrahentium satis patet, nam dubio procul conductor hanc promissionem, in sui securitatem, elicit, hinc ejus sententia non erit alternativa: *aut non alienabo, aut præstabo interesse*, seu pura: *simpliciter abstinebo ab alienatione*, quo minus igitur illa valere debeant, nulla apparet ratio, eo ipso autem eliditur quoque argumentum ex *d. l. fin. C. d. non num. pecun.* depromtum. Non obstat (1.) *juramentum esse personalissimum, nec obligare successorem, præcipue singularem, vid. ZOES. d. n. 42*, licet enim successorem non obliget, attamen impedit, ne quis successor fieri queat, dum locator conventione jurata facultatem alienandi exclusit, adeoque rem in aliam transferre nequit, nec est quod excipias (2.) *pactum de re non alienanda, non valere l. pen. de pact.* nam id saltem procedit, si alterius paciscentis non intersit, hic autem conductoris interesse, satis liquet.

OBSERV. DXCIX.

Vel promiserit se rem locatam ante tempus conductionis non alienaturum) Ob hactenus dicta, etiam hic dissentirem, nam locator conventione seria, facultatem alienandi sibi ademit, & licet conventio personam tantum afficiat, neutiquam verò jus reale producat, attamen, ob frænum libertati personæ injectum, impediendæ dominii translationi sufficit, & alias conventio inita nullum haberet effectum, cum interesse ex solo contractu peti queat, atque hoc etiam ex *d. l. 7. de distract. pign.* confirmari potest, ibi enim venditio est nulla, non *ob pignus*, sed *conventionem in-*

in-

intereſſe paciſcentis fundatam, quæ ratio etiam quoad conductorem obtinet, nam illa videtur mera eſſe petitio principii, ſi quis conventionem ejusmodi, non aliter effectum impediendæ alienationis habere contendat, quam ſi jus reale præſupponat, cum ſimpliciter dicatur, *venditionem eſſe nullam ut pactioni ſtetur*. Non obſtat *quod in venditione & locatione talis reſtrictio, de re non alienanda, tacite contineatur, & tamen alienatio valide fieri queat*, nam hoc, præter ſimplicitatem naturalem, jure civili conſtitutum, ad eum caſum extendi nequit, ubi ſpecialis promiſſio acceſſit, cum geminata fides merito aliquem effectum habere debeat. Illud certum videtur, quod laudato Germanorum candori parum conveniat, ſi conventionum, bona fide initarum, vis, ex principiis â ſimplicitate naturali abeuntibus, ac græcam fidem redolentibus, temere evertatur. Interim cum iſta res variantibus interpretum ſententiis dubia ſit reddita, hinc prudenter aget conductor, ſi conventioni, ex monito *AUTORIS*, pignus addi curet.

OBSERV. DC.

Conductore â ſingulari ſucceſſore expulſo) Circa hanc doctrinam unus caſus omiſſus eſt, quare ita ſummatim dicendum: Expulſo conductori tenetur locator ad intereſſe, *ſi voluntate ejus alius ſucceſſerit*, dedit enim invito damnum, *ſi vero proprio jure novus ſucceſſor ſequatur*, tum intereſt, an conductor rei locatæ conditionem *ignoraverit*, & tenetur locator eodem modo, ſicut in caſu primo, ſubeſt enim eadem ratio, an *ſciverit*, hic porro diſtinguendum, utrum jus locatoris exſpiraverit *eo modo, qui ab ejus & futuri ſucceſſoris voluntate non dependebat*, v. gr. ſi uſusfructus vel

jus dotale morte extinguatur, tum nihil debetur conductori, damnum enim si quod sentit, invito non accidit, an *eo, qui in arbitrio locatoris futurique successoris positus erat*, e. gr. si jus dotale divortio, vel ususfructus cessione solvatur, hoc casu itidem locator conductori interesse præstare tenetur ob paritatem rationis, nam licet successor proprio jure sequatur, attamen, quod citius jus ejus se exserat, id omnino â voluntate locatoris simul dependet, atque eo pertinet *obst. l. 25. § fin. sol. matrim.* ad quam tamen alii aliter respondent. *vid.* BERGER *resolut. h. qu. 10.*

OBSERV. DCI.

Aut alio modo locatoris intersit, conductorem â contractu non recedere) Sed non putem, locatorem, re in successorem singularem translata, efficere posse, ut conductor invitus in conductione manere debeat, sive enim ejus intersit, ne conductor â contractu recedat, sive actionem successori singulari cesserit, conductor tamen huic non erit obligatus, nam contraxit cum certa aliqua persona ejusque hærede, hæc igitur si â contractu abeat, nec ipse conductor amplius erit obligatus, & licet alias jus ex contractu ortum, per cessionem transferri queat, hic tamen id procedere non videtur, cum perinde, ut in societate, ad personam habeatur respectus, & multum utique intersit, â quo quis rem habeat conductam, & nimis iniquum foret, si locatori quidem, re in alium translata, facultas â contractu resiliendi daretur, conductori vero, idem juris illo casu non tribueretur, ac in genere multum interest, utrum *jus ex contractu transitorio* & *absoluto quæsitum, in alium transferro possis*, quod merito asseritur; & an *in contractu suc-*

cess-

cessivo ac adhuc durante, alium substituere queas, quem alter contrahens, invitus admittere teneatur, quod recte negatur.

OBSERV. DCII.

Actio conducti) Hactenus egit *AUTOR* de contractu locationis conductionis, multa tamen, ad officium contrahentium pertinentia, inspersit. Jam ex professo agere incipit de officiis ad executionem contractus initi spectantibus, quæ tota tractatio naturalis est. Obligatur igitur *Locator* naturaliter ad fidem servandam, & damnum sua voluntate invito datum, resarciendum, hinc fere non aliæ hic, quam voluntatis quæstiones, occurrunt, quid nimirum vel promissum sit, vel an invito damnum locatoris voluntate sit illatum, in quibus decidendis circumstantiæ accurate sunt circumspiciendæ. Contra invitum & reluctantem datur *Actio Conducti*, quam dum *AUTOR* expendit, eo ipso officium locatoris deducit, sed ita, ut, ob arctam connexionem, conductoris obligationem sæpe attingat.

OBSERV. DCIII.

Et quidem in locatione operarum lit. O.) In hac naturaliter obligatus est locator ad operas fideliter & præcise præstandas, sed jure civili, interesse præstando liberari potest. *vid. HILLIG. ad Donell. l. 13. c. 9.* quamvis nonnulli etiam us civile in genere sic accipiant, quod ad factum obligatus præcise illud præstare cogatur, eo tamen cunctante, Creditor interesse, si hoc malit, exigere possit, adeo ut nulla hic debitoris sit electio, sed exactio ejus quod interest, favorem Creditoris unice respiciat, *vid. HUBER posit. ad J. de V. O. n. 24.* quæ sententia eo magis admittenda videtur, quo magis ad æquitatem naturalem accedit. Quo autem ob-

gatio locatoris eique innexum officium Conductoris eo magis appareat, *AUTOR* recte tres casus expendit. Vel enim operas non præstat ob *casum*, vel *conductoris* vel *propriam voluntatem.* Primo casu à locatore quidem nihil exigi potest, impossiblia enim præstare nequit, ad interesse verò non tenetur, cum nihil peccaverit. Vice versa à conductore mercedem idem exigere nequit, si spectes naturam contractus, hæc enim sub conditione operarum exhibitarum est promissa, Ex humanitate tamen conductor quandoque erit ad eam exsolvendam obstrictus sed ista in foro civili haut attenditur. Secundo casu locator nihil præstat, quia conductor operas non vult, mercedem tamen accipit, quia hic ab obligatione semel constituta, sua tantum voluntate se liberare nequit. Tertio interesse solvit, juxta ea, quæ sub initium diximus.

OBSERV. DCIV.

Tiro vero decimo octavo mense moreretur) Sed non opus videtur ut tantum temporis elapsum supponamus, simpliciter locator mercedem promissam retinere & exigere posse videtur, quocunque tempore tiro moriatur, nam ipse operas præstare paratus est, casus verò â parte conductoris accidit eique adeo nocet, perinde ac si conductor re conducta uti nequeat, ideo quod v. gr. â superiore avocetur, quo casu nihilominus integram mercedem exsolvit.

OBSERV. DCV.

Navi ad locum, unde discessit, tempestate retroacta, merces præstabitur) Nam locator operas præstitit, adeoque conditionem, sub qua merces promissa erat, implevit, licet vero effectum optatum haut sint sortitæ hoc tamen locatori imputari nequit, cum enim tem-

tempeſtas in ejus non ſit poſita arbitrio,adeoque deſideratum operarum ſuarum effectum promittere præciſe nequeat, hinc etiam id actum non eſt, ſed hoc ſaltem conventum cenſeri debet, ut operas ſuas, earumque effectum, quantum in ſe eſt, præſtet.

OBSERV. DCVI.

Operis faciendi) In hac locatione locator juxta fidem datam, opus intra conventum tempus perficere, ac damnum voluntate ſua invito datum reſarcire debet. Periculum autem operis ad dominum regulariter pertinet, niſi vel artificis culpa concurrat, vel pacto in ſe caſum receperit, ex quibus principiis omnes deciſiones ſpeciales hic fluunt.

OBSERV. DCVII.

In locatione rerum) Denique & in hac locationis ſpecie,officium locatoris ex decretis naturalibus dependet, nam quæcunque heic proponuntur, illa omnia eò pertinent, ut vel fides data ſervetur, vel damnum voluntarium reſarciatur, quæ generaliter admonuiſſe ſufficiat, temperandæ rerum Romanarum æſtimationi.

OBSERV. DCVIII.

Circà fructus) Si uſus rei locatæ non ſequatur, ob caſum fortuitum,vel circa rem,vel fructus evenientem, tum â locatore quidem eo nomine nihil peti poteſt, ſed an hic penſionem exigere queat, de eo,adeoque officio conductoris, quæritur? Cardo negotii autem vertitur in promiſſione prævia, an ſcilicet in hunc etiam eventum penſio promiſſa ſit nec ne, id quod ex circumſtantiis colligendum,quas *AUTOR* diligenter ſatis hic perſequitur, quamvis in iis æſtimandis non ubique eadem omnium ſit ſententia. In

ſpecie diſputari ſolet, quando fructus à colono cenſeantur percepti nec ne, de quo *n. 3.* h. Witebergenſes ICti apud *ZIEGLER. Deciſ. 3.* non aliter frumentum perceptum exiſtimant, quam ſi ſit excuſſum & granariis illatum, quam ſententiam *AUTOR* hic plane rejicit.

OBSERV. DCIX.

Qui operas ruſticas intempeſtivè aut non debito modo fecit n. 4.) Hunc *AUTOR* quidem remiſſionem petere non poſſe cenſet, licet illo anno ſterilitas vel ſimilis calamitas ſecuta ſit. Sed contrarium verius videtur, nam negligentia eſt inefficax, nec ab ea defectus fructuum dependet, ſed hic fuiſſet ſecutus, licet diligentiſſime colonus fundum coluiſſet, dum igitur ſterilitas ſecuta, effectum negligentiæ apparere non ſivit, hinc colono nihil imputandum, ſed caſui potius damnum tribuendum eſt, qualis caſus, cæteris paribus, remiſſionem operatur, id quod in caſu plane ſimili recte etiam agnovit ICtus in *l. fin. §. 1. ad L. Rhod. de. jact.* Non obſunt textus in contrarium, allegati, nam in *l. 15. §. 3. h. t.* habetur reſcriptum, in quo non licere à contrario ſenſu argumentum ducere, tralatitium eſt, ſit ibi mentio *culturæ*, non quaſi eadem, ad obtinendam remiſſionem, velut conditio requiratur, ſed quia in facto contingerat. *L. 25. §. 3.* loquitur de *culpa efficaci*, cujus damnum colonus merito ſentit.

OBSERV. DCX.

Qua conductor accepit damnum intolerabile num. 5.) Hoc in decernenda penſionis remiſſione, præcipue attendi debet, adeo enim quævis ſterilitas damnum non infert, ut ſæpe conductores fundorum magno-

rum

rum vel integrarum præfecturarum, malint sterilitatem quam ubertatem, cum hac eveniente, frumentum vili pretio vendendum sit. Hinc etiam putem ea, quæ de remissione pensionis dici solent, fere ad homines egenos modicorumque prædiorũ conductores pertinere. OBSERV. DCXI.

Non præcise obligato ad quantitatem l. 2 C. de resc. vend.) Hæc enim sanctio pertinet ad eos casus, ubi post longius tempus & cum damnum dudum digestum videretur, de læsione quæritur, ast quando recens est læsio, tum ejus emendatio juxta simplicem æquitatem naturalem decernitur. *vid.* Observ. *540. 570.*

OBSERV. DCXII.

Tum ex benignitate juris civilis regulariter merces arbitrio judicis vel in totum, vel pro parte est remittenda) Ex solo jure civili remissionem non esse, sed æquitatem naturalem, illam imperare, hactenus dicta ostendunt, nec crediderim *AUTOREM* hoc negare. De cætero alii sunt rigidiores, qui nullam remissionem faciendam esse censent, licet requisita hactenus exposita adsint, quia scilicet conductor fructus pensione promissa, velut emerit, adeoque casus ferre debeat, seu quia locator facultatem utendi re sua conductori dederit, cujus fructuum spes eo tempore, quo contractus inibatur, tanti æstimabatur, adeoque, cum iste suum præstiterit, hunc quoque pensionem, quam promisit, præstare, æquum sit. *vid. PUFEND. de J. N. G. l. 5. c. 6. § 2.* Verum illa quidem explicatio locationi non convenit, qui enim sic philosophantur, illi locationem, perinde ac emtionem, pro contractu momentaneo habent, in quo simul & semel officio suo defungantur paciscentes, adeo ut quicquid deinde rebꝰ

permutatis accidat, id ejus periculo sit, qui rem illam sibi comparavit, cum tamen locatio sit contractus successivus, in quo contrahentes officium per partes implent hinc, si locator usum rei non exhibeat aliquo tempore, nec pensionem exigere potest, cum neutiquam explendo officio sufficiat, semel facultatem re sua utendi concessisse.

OBSERV. DCXIII.

Non etiam ob contingentem majorem ubertatem pensio ab initio conventa augetur) Solent in hanc rem variæ rationes adduci, seu patet ex citatis scriptoribus, sed forte non usque adeò concludentes. Optima ratio esse videtur, quod conductor eo nomine nihil promiserit, sed locator potius lucrum, si quod subest, censeatur donasse, quam etiam allegavit *Dn. STRYK in not. b.* nam ea inter præstiones, quæ in hoc contractu fieri debent, est diversitas, quod conductoris præstatio velut in puncto consistat ac semper certa sit, ea vero, quæ à locatore fieri debet, gradibus distinguitur, adeo ut nonnunquam pensionis promissæ quantitatem excedere queat, aliquando etiam infra illam subsistat, utro igitur modo se habeat, semper illa fit juxta naturam contractus, ac locator, conditionem rei suæ satis intelligens, excessum censetur donare, inprimis cum ubertas, pensionem multum superatura, non facilè accidat, aut lucrum conductori afferat, copiâ pretium fructuum minuente, hinc conductor etiam contractui inhæret ordinariâque præstatione defungitur. Ex *l. fin.* vel *pen.* (quam *BERGER h. qu. 16.* objicit) *C. de alluv.* nihil amplius colligi potest, quam ob naturalia incrementa rerum, pensiones vel lege positiva vel contractu augeri pos-

posse, verum hic non quæritur, quid ob ubertatem constitui voluntate pasciscentium possit, sed quid juxta indolem conventionis initæ fieri debeat. Aliter se res habet si magna sterilitas fructum rei intercipiat, quia enim tum locator non præstat quod promisit, ideo nec conductor ad exsolvendam integram pensionem est obligatus, de quo antea dictum.

OBSERV. DCXIV.

Doliorum corruptorum scienter vel ignoranter locatorum) Non debet hæc doctrina ad dolia præcise restringi, cum generaliter potius hoc JCtus intendat, ex objecto seu re locata judicandum esse, utrum prætensa ignorantia admitti debeat necne, hinc v. gr. in doliis locatis ignorantia cum effectu obtendi non poterit, cum eorum conditionem facile scire liceat, ast in saltu pascuo locato aliter se res habet, quis enim â Patresam, requiret, ut is præcise sciret, an mala herba in eodem nasceretur? hinc ignorantia ejus erit excusata.

OBSERV. DCXV.

Obst. l. 32. § 9. de admin. tutor.) Nimirum ibi dicitur; quod consuetudo fuerit, ut ipsi domini, non conductores, onera annonarum & contributionum sustinuerint, ergo seposita consuetudine, ad conductores id onus pertinebit! Quomodo difficultas vulgo tolli soleat, ostendit *Dn. BERGER h. qu. 17.* forte consuetudo est intelligenda ratione *fisci* eo sensu: moris in illa regione fuisse, ut fiscus ab ipsis dominis non conductoribus onera publica exigere debuerit, cum alias sequatur possessorem, ab eoque illa exigat, sic ultimato onera ista locatorem manebunt, & tamen speciale quid in d. textu habetur.

OBSERV. DCXVI.

Actio locati) Sub hoc nomine *AUTOR* persequitur officium conductoris, de quo tamen in praecedentibus non pauca jam admonuit. De caetero substantia hujus doctrinae iterum naturalis est, nam vel ad fidem servandam, vel damnum resarciendum conductor obligatur, quae obligatio jure naturali constituitur. Voluntatis autem quaestiones saepe intercurrunt, in quibus determinandis aliquae legis positivae sunt partes.

OBSERV. DCXVII.

De quo si nihil constet, debetur in locatione rei finito usu) Huic assertioni quidem non valde obest *l. placuit C. de collat. fund. patrim.* nam ibi ratio solvendae pensionis expresse est definita, hic autem versamur extra terminos expressae conventionis, ut taceam ibi non tam de *termino*, quam *modo* solvendae pensionis agi, ac fundorum patrimonialium possessoribus partialem solutionem indulgeri. Interim ipsa *AUTORIS* doctrina, de pensione, finito demum usu solvenda, quam mox etiam quoad locationem operarum repetit, non adeo certa, ac indoli contractus conveniens videtur, est enim locatio conductio contractus successivus, in quo locator usum rei vel operarum successive exhibet, hinc retioni & aequitati est consentaneum, ut eodem modo conductor pensionem praestet, & licet hic singulis momentis aliquam mercedis partem exhibere nequeat, sicut locator isto modo usum praestat, attamen ut, eximiâ usus parte praestitâ, mercedem ei respondentem solvat, id quidem natura contractus evidenter satis innuit, juxta haec igitur non opus est ut pro conditione persona-

rum

rum in certis casibus, cum *AUTORE* hoc saltem asseramus, cum indoles contractus id generaliter exigat. Atque ex his facile respondebitur textibus in contrarium allegatis. *L. 34. de R. J.* id quod minimum est, observari jubet. Sed id procedit *in dubio*, hic autem ex natura contractus satis ostendi potest officium conductoris. *Arg. l. 13. §. 8. de A. E. V.* huc non quadrat, quia â contractu simultaneo, in quo simul & semel partes suo officio funguntur, ad successivum male infertur, ut crediderim in comparatione hac intempestiva *πρῶτον ψεῦδος* contrariæ sententiæ latere. De cætero rarius fortasse ad naturam contractus, in determinando conductoris officio, recurrendum erit, cum utplurimum per conventionem specialem vel regionis consuetudinem istud definiatur. Apud Romanos Calendas Julias *l. 9. qui pot. in pign.* & Martias *l. 58. de usufr.* mercedibus solvendis olim fuisse solennes censet *HILLIG. ad Donell. l. 13. c. 8. lit. S.*

Observ. DCXVIII.

Quam pœnam tamen non ubique locorum observari tradit) De Saxonia, quod pœna illa ibi cesset, res certa videtur per ea quæ tradit *CARPZOV. p. 4. C. 35. D. 11.* qui etiam fide *COVARRUVIÆ* aliorumque interpretum asserit, rigorem illum juris civilis communi totius orbis Christiani usu & praxi antiquatum esse, aliis tamen dissentientibus ac certos tantum casus â sanctione illa excipientibus, *add. STRYK in not. h. BERGER in resol. l. 43. tit. 3.*

Observ. DCXIX.

Culpam famulorum & similium, quos v. gr. inquilinus in ædes conductas induxit, ipse non aliter præstat) Hoc naturale est, factum enim alienum nobis imputari

tari nequit, nisi voluntas nostra concurrat, quæ vel ex culpa vel pacto nostro colligitur, quo pertinet *l. p. f. nat. caup. l. 30. §. 4. h.* ceu *AUTOR* admonuit, nam nautæ, caupones & stabularii, minimum ex interpretatione Prætoris, indemnitatem viatoribus promiserunt, qui rigor ad conductores non pertinet, in *d. l. 30. §. 4.* autem conductor ipse pactus erat, *add. DECIS. SAXON. 79.*

Observ. DCXX.

Adhibenda est distinctio casuum fortuitorum, quam tradit Carpzov) Quæ de probatione casus fortuiti & culpæ *AUTOR* proposuit, illa naturalia sunt ac ex communibus resultant principiis, cum enim neque casus neque culpa præsumatur, hinc merito ab allegante probari debent. Quod vero attinet limitationem quoad culpam levissimam, *CARPZOV.* distinguit inter casus *qui sine culpa regulariter contingere solent*, ut sunt incursus hostium, impetus aquarum, mors animalium, & *qui regulariter absque culpa non eveniunt*, ut incendium, furtum, fuga hominum, illo casu adhuc locatori probationem culpæ imponit, hoc verò conductorem culpæ absentiam probare debere existimat.

2. Cæterum illa doctrina rationibus parum solidis nititur, nam (1.) exempla allata non adeò certa sunt, mors animalium perinde per culpam evenire videtur, ac furtum vel fuga hominum (2.) si conductori ideo absentia culpæ probanda est, quia contra eum militat præsumtio juris, cur non idem obtinet quando de levi culpa agitur, hanc enim indistincte locatorem probare debere *d. l. D. 19.* asseritur? an magis culpa levissima quam levis præsumitur? hoc vero idonea aliqua

qua ratione non est probatum, hinc (3.) falsum puto ullam culpam à lege præsumi, adeoque neglecta illa distinctione, culpam vel levem vel levissimam ab allegante probantam esse censeo, quo tamen loco observandum, quod probatio etiam per conjecturas fieri queat, quæ nonnunquam efficiunt, ut alter juramento innocentiam ostendere debeat, sed ita non probat absentiam culpæ, sed culpam conjecturis imputatam elidit, quæ duo differunt. *add. DECIS. SAXON. 80.*

DE CONTRACTIBUS INNOMINATIS.

OBSERV. DCXXI.

Contractus innominati) Sunt commentum Juris Romani, quod merum jus naturale penitus ignorat & fluunt ex ista, de pactorum nudorum invaliditate, hypothesi. De cætero eorum indoles hic non satis exponitur, nam utraque definitio allata, vel negativa est, vel obscurum per æque obscurum explicat Videamus distinctius: *Qui non habent certam naturam, neque specificum contrahendi modum*, (quid certa natura, quid specificus contrahendi modus sit, illud perobscurum est, sed fac illa satis liquida esse, an rei alicujus naturam intelligimus, si ista ab hac removeantur, si dicam Sempronius non est Gallus, num tu intelligis, cujas sit?) *nec nomen* (ex nominis defectu rem non intelligo) *neque certas & nominatas actiones producunt* (sed nec hoc cognitionem rei instruit, si ejus effectum, nomine carere dicas) *causam tamen & negotium civile habent*, (quid illa sint, nondum satis ad liquidum deduxere interpretes. Sed sint illa in genere satis certa, intuitu tamen contractuum innominato-

rum specialius ostendendum erat, quid causa sit, ac quousque illa negotium reddat obligatorium) sive sunt *contractus proprio & specifico nomine carentes* (hoc nihil explicare, jam diximus) *quibus aliquid præstatur, ut alter vicissim aliquid præstet*, hæc paulo propius quidem ad explicandam horum negotiorum indolem accedunt, adhuc tamen nimis generalia sunt, utrum enim præstatio illa ad perfectionem vel consummationem pertineat, aut quousque eadem negotium obligatorium reddat, id non ostenditur, in quo tamen negotii cardo vertitur.

2. Rectius igitur sic dicemus: Contractus innominati sunt *Contractus ex pacto nudo reciproco, & præstatione rei promissæ, ab uno facta, compositi, eum cui præstatio exhibita, efficaciter ad promissum servandum obligantes.* Nimirum si nudum conventionis placitum v. gr. de rebus permutandis intercessisset, tum illud, velut nudum pactum, impune negligi poterat, sed si alter suum præstitisset, tum æquum videbatur Romanis, ut alter ad promissum implendum efficaciter obligaretur, hinc ex *conventione mutua*, ac *unius præstatione* velut duabus partibus essentialibus contractus innominati erant compositi, quod *lit. C.* recte docetur. Porro omnis valor respiciebat saltem eum, cui præstatio facta, is enim efficaciter ad promissum implendum obligabatur, ille vero qui suum præstiterat, poterat vel ob cessationem alterius, vel ob pœnitentiam propriam præstitum repetere, modo tale quid esset, quod repeti posset, quod ultimum satis absurdum censeri debet, cum enim ex pacto nudo unilaterali solutum repeti nequeat, obligatione naturali repetitionem impediente, mirum omnino videri poterit, quod pœnitentia in pacto nudo reciproco locum invenerit.

Ob-

OBSERV. DCXX.

Etiam hodie lit. C.) Dari hodie contractus innominatos sensu juris Gentium i.e. conventiones consensuales, certo aliquo nomine carentes, facile concesserim, plura enim sunt negotia, quam nomina, ast contractus innominatos sensu juris Romani hodie quoque in Germania occurrere, id vero hautquaquam admiserim, quicquid *AUTOR* aliique dissentiant, nam constans est sententia, quod *hodie pacta nuda ad effectum agendi sint obligatoria*, jam verò illa negotia, quæ post præstationem unius, Romanis dicebantur contractus innominati, ante illam sunt *pacta nuda*, ergo necessario consequitur, quod *penes nos, jam in illo statu sint obligatoria*, & quod adeo omnia illa negotia apud nos valeant ut *contractus consensuales*, præstationesque non amplius pertineant ad eorum *perfectionem*, sed *consummationem*, perinde sicut v. gr. in emtione venditione præstationes mutuæ ad implementum contractus spectant, hinc etiam iisdem regulis, quibus contractus consensuales diriguntur, hæc negotia æstimare par erit.

2. Non obstat (1.) *doctrinam Romanam nullibi esse abrogatam*, nam non opus est abrogatione, ubi nulla eceptio facta, (2.) *pacta præparatoria ne hodie quidem sse obligatoria, talia autem esse conventiones, ex quibus ontractus innominati fiant.* Jam supra *tit.* de pact. *lit.* . hoc effugio usus est *AUTOR*, sed falsum est, pacta ræparatoria non esse obligatoria, ceu ibidem proavimus, præterea falsum est, quod conventiones, ex uibus contractus innominati fiunt, sint pacta præiratoria. Hæc enim à negotio principali plane sunt stincta, sic v. gr. pactum de emendo, ab emtione

ne penitus differt, illæ vero, juxta æstimationem naturalem, sunt ipsa negotia principalia, præstationes vero secutæ ad consummationem spectant, juxta jus Romanum autem, conventio cum præstatione unius secuta, contractum innominatum efficit, utro igitur modo illæ spectentur, neutiquam pro pactis præparatoriis haberi possunt, sunt enim vel ipsum negotium principale, vel negotii principalis pars essentialis, quod quidem de aliquo pacto præparatorio non temere asserueris. In specie haut officit (3.) *doctrina Carpzovii d. p. 2. C. 33. D. 23.* est enim nimis crude ex jure civili adornata, cum tamen de ejus valore jam quæstio sit.

OBSERV. DCXXIII.

Sunt vel regulares vel irregulares) Hæc divisio uti hodie nullius est momenti, si admittas ea, quæ modo diximus, ita nec de jure civili valde est necessaria, solum enim *nomen* contractum non facit irregularem, cum hoc ex *forma obligandi* potius dependeat, præterea ne quidem nomina peculiaria hic occurrunt, nomen enim *permutationis*, generale est convenitque omnibus contractibus onerosis, contractus autem *æstimatorius*, forsitan frustra asseritur, de quo mox distinctius.

OBSERV. DCXXIV.

Inde datur actio præscriptis verbis) Quæ eo tendit, ut alter, cui præstatio facta, à sua parte contractum impleat. Præterea vero competit danti condictio c. d. c. n. f. qua is vel ob cessationem accipientis, vel pœnitentiam propriam repetit rem datam, quæque ex quasi contractu descendere vulgo existimatur, *vid.* Observ. *344.* quamvis alii ex ipso contractu innominato

nato eam repetant. *vid.* HUBER *posit. ad ff. de condict. c. d. c. n. s. n. 4.* in quibus tricis nihil omnino situm est.

2. Ita de jure civili. Sed hodie aliter se illa habebunt, si admittas ea, quæ paulo ante disputavimus; Si enim contractus Romanorum innominati, hodie sunt contractus consensuales vel pacta nuda (hæc enim juxta simplicitatem naturalem, quam sequimur, coincidunt) actio, quæ ad eorum consummationem tendit, non *præscriptis verbis*, sed potius *condictio ex moribus*, dicenda erit, quamvis de hoc non valde laborandum sit, præterea non uni, sed utrique potius contrahentium dabitur. Condictio autem causa data causa non secuta locum non amplius inveniet ob *pœnitentiam*, quia hæc, conventione initâ, in genere excluditur, nec etiam regulariter ob *cessationem accipientis*, quia in contractibus consensualibus ob hanc causam repetitio ordinarie non indulgetur. *vid.* Observ. 347. 348. 349. 350. 351. Ex his autem omnibus hæc sequitur conclusio, magnum esse interpretum abusum, quando omnia ferè negotia, juri Romano incognita, ut cambium, assecurationem, concessionem salinarum similiaque, contractus innominatos non tantum dicunt (hoc enim admitti potest, cum sensu juris Gentium queat intelligi) sed ex regulis contractuum innominatorum Romanorum, inprimis quoad pœnitentiam, æstimant, cum tamen & satis violenta sæpe sit applicatio, ac jus Romanum hac in parte probabiliter non sit receptum.

Dd Tit.

Tit. III.

DE ÆSTIMATORIA.

Observ. DCXXV.

Contractus æstimatorius) Hic, quem vocant, contractus duplici modo supponi potest, vel pro *tali negotio*, quo certo pretio res æstimata vendenda datur, ut vel pretium solvatur, vel, venditione non secuta, res ipsa reddatur, vel *pro tali*, ubi non tantum præcedens tractatus intercedit, sed & ipsi accipienti, eventualiter, res venditur, seu ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium simpliciter solvendum obstringitur. Prior contrahendi modus periculum rei acceptæ non transfert, bene vero posterior, illum porro in dubio esse asserendum putarem, nam utis, qui operas suas principaliter promittit, rei periculum sustineat, id extraordinarium, nec temere præsumendum est. *AUTOR* in definitione sua ad posteriorem modum respexisse, utrumque autem in tractatione miscuisse videtur.

2. Id vero quæritur, an *negotium hactenus delineatum, sit peculiaris contractus æstimatorius*? *AUTOR* sic omnino putat, sed ego arbitrer, juxta priorem contrahendi modum, esse *simplicem locationem* vel *mandatum*, prout merces intervenit vel non, juxta posteriorem verò, *locationem* aut *mandatum, sub lege periculi sustinendi initum ac eventuali emtione venditione propria stipatum*. Neque etiam ICti Romani peculiarem contractum hic asserunt, sed dubitationis tollendæ gratia, cum ipsis satis liquidum non videretur, an emtio, locatio vel mandatum subsit, *actionem æstimatoriam* saltem proposuerunt, quæ adeo peculiarem

con-

contractum neutiquam arguit. Nec difficile fuerit, iis, quæ *AUTOR* hic congessit, occurrere. Definitio allata, quo modo cunque tandem accipiatur, de locatione aut mandato, vel simplici vel qualificato intelligi potest, juxta ea, quæ *n. 1.* diximus.

OBSERV. DCXXVI.

Fit consensu & rei datione) Hoc fluit ex præconcepta falsa opinione de peculiari contractu innominato, quare dicendum potius, quod solo consensu hoc negotium perficiatur, traditio autem ad consumationem, ac accipientem certo modo obligandum pertineat, perinde ac conductor vel mandatarius ratione rei non antea obligantur, quam postquam illa tradita est.

OBSERV. DCXXVII.

Hinc transfertur dominium) Et hoc falsæ hypotheseos est consectarium, cui etiam ipse *AUTOR lit. E.* dum accipientem regulariter rei periculum non sustinere, rectè contendit, non obscure contradicit: Res potius ita se habet: Si res vendenda detur, tum neque dominium neque periculum transfertur, si vero ita concedatur, ut res vel pretium absolute reddatur, tum periculum quidem non verò dominium in accipientem transit, licet enim animus & voluntas ipsi accipienti rem quoque vendendi, in dante sit, attamen illa nondum sunt acceptata, sed hactenus eventualis saltem subest venditio, quod si autem accipiens declaret, sed pro pretio determinato rem retinere velle, tum negotium, quod hactenus in terminis locationis vel mandati subsitit, in venditionem degenerat ac dominium transfert. Atque ex his facile occurri potest textibus in contrarium allegatis. In *l. 1. pr. h.* nihil

aliud habetur, quam continere hoc negotium aliquid in se, quod ad venditionem accedat, sed inde non sequitur, quod dominium statim transferatur, quia saltem tractatus vendendi, non ipsa venditio subest, ceu modo ostendimus. Dare, est dominium transferre juxta §. *14. J. de action. l. 75. §. fin. de V. O.* si scilicet animus transferendi adsit, hunc vero hic deficere, antea dicta ostendunt. Ad venditionem requiri, ut dominium transferatur, ait *l. 80. §. fin. de C. E. V.* sed hic subesse statim venditionem negamus.

OBSERV. DCXXVIII.

Differt tamen à venditione) Hoc facile concesserim, posse tamen hoc negotium in venditionem degenerare, ex modo dictis patet. A mandato autem & operarum locatione idem differre, ex *d. l. 5. § 3. mand. l. 39. locat. l. 65. de C. E. V. l. 2. h. t.* non probatur, nam mandato & locatione dominium quidem non transfertur, ceu *d. leges* præcipiunt, sed in hoc negotio dominium transferri, antequam idem in venditionem degeneret, id supponit quidem *AUTOR*, sed non probat. Juxta hæc non opus erit ut ad *l. 19. §. 1. de P. V.* respondeamus, quamvis etiam contra *AUTORIS* sententiam objectio parum valida inde depromi queat.

OBSERV. DCXXIX.

Hinc actio æstimatoria locum non habet, si quis alteri committat generaliter rem justo pretio vendendam lit. O.) Hæc ex sua saltem hypothesi, qua peculiarem contractum sibi hic imaginatur, *AUTOR* iterum asserit, allàs de jure civili nihil obstat, quo minus etiam hoc casu æstimatoria agi queat, quamvis utique ista contrahendi ratio apertius locationem aut mandatum innuat. Hodie de nominibus actionũ parum laboran-

randum erit. Quæ porro mox sequuntur, *non sufre æstimationem taxationis gratia*, itidem non sunt mittenda, nam duplicem esse contrahendi ratiom satis antea probavimus, hinc utraque merito :endi, minimè verò altera præcisè exigi debet. *Arg.* *§.3. commod.* & *l. 21. C. de jur. dot.* nihil ad rem faınt, cum in thesi saltem doceant, quod diversa sit .imandi ratio ac utriusque diversus effectus, imo ɔericulum regulariter ad accipientem non pertit, quod *lit. E.* agnoscitur, æstimatio sane plerume taxationis gratiâ facta censeri debet!

OBSERV. DCXXX.

Hic obligatur accipiens ut in D. licet res perierit lit. E.) ım statim hoc ita temperatur, ut saltem per mom exceptionis admittendum, regulariter autem ›ericulo accipiens immunis pronunciandus sit, res ne se habet, & agnoscit adeo *AUTOR* duplicem ntrahendi rationem, id quod si in præcedentibus oque observasset, hæc doctrina cæteris assertionis non contradiceret, ceu hinc inde annotavimus.

OBSERV. DCXXXI.

Non etiam qui dedit lit. E.) Hæc iterum ex hypotheɔeculiaris contractus innominati fluunt, hinc ha:nus non admittenda. De cætero facultas rem dan, re integra, repetendi, etiam juxta nostram senıtiam defendi potest, si mandatum supponas, res rta est, mandantem enim habere facultatem re›candi, notum est, sed & idem dici potest, licet mer; promissa sit, nam operæ hic non simpliciter cenıtur conductæ, sed si conductori alienatio rei tra:æ placeat, hinc ob hanc conditionem facultas re›candi locum quoque hoc casu habebit.

OBSERV. DCXXXII.

Sufficit præstare pretium conventum, licet accipiens plus inde sit consecutus) Verum hoc est, si eum contrahendi modum supponas, quo ita convenit, ut res vel pretium conventum simpliciter reddatur, adeoque res eventualiter ipsi accipienti pro illo pretio quoque sit vendita, nam exinde satis liquet, id, quod amplius consecutus est accipiens, ejus lucro esse debere, nec obstat *l. 13. de P. V.* & *l. 44. pro soc.* per quas *ZOESIUS adff. h. t. n. 3.* & *JOH. VOET in comm. ad h. t. n. 2.* dissentiunt, pertinent enim ad alterum contrahendi modum, quo nude res vendenda conceditur, quem *AUTOR in fin.* h. indicat, hoc enim casu accipiens excessum non aliter lucratur, quam si expresse ita conventum sit, ast ex prima contrahendi ratione voluntas hæc jam satis apparet.

OBSERV. DCXXXIII.

Quod secus est si quis tantum per locationem) Ita est, si de re vendenda, nude actum sit, accipiens excessum pretii non consequitur, quia deficit voluntas! sed inde non sequitur, quod peculiaris detur contractus æstimatorius, a locatione aut mandato distinctus, sed id saltem inde patet, quod hi duo contractus intuitu rei vendendæ, duplici modo iniri queant. Ex quibus adeo omnibus satis forte patet, contractum æstimatorium frustra asseri. Nec opus etiam erit hodie *actione æstimatoria*, cum manifestum sit, eam ex fori Romani sollicitudine, qua de actionum nominibus nimium satagebant, habere originem, hinc actio *locati* & *mandati*, imo etiam *venditi*, si accipiens pro pretio convento, se rem retinere velle declaret, in omnes casus sufficiet, quamvis nomen *actionis æstimatoria*

; etiam ultro adhiberi queat, imo, modo factum
: re censeatur, nomen actionis plane potest o-
:i.

Tit. IV.

DE RERUM PERMUTATIONE.

Observ. DCXXXIV.

:rmutatio) Est hodie *contractus consensualis de re a-*
lqua, pro sua re aequivalente, habenda. Perficitur *so-*
nsensu, perinde ut emtio & venditio, *traditio* ve-
d *consummationem* pertinet, licet *AUTOR* ex fal-
ypothesi dissentiat *lit. C.* de caetero recte dicitur,
d ea sit permutationis intentio, ut dominium
imile jus reale transferatur, modo hoc non de
eritate, quod *AUTOR* vult, ut mox circa objectum
nctius videbimus, sed *opinione contrahentium* ex-
iatur, nam sufficit si dominium praesumtive sit
ıslatum.

Observ. DCXXXV.

.icet dans fidem de pretio non habeat) Hoc falsum exi-
ıo, sive permutationem pro contractu innomi-
o sive consensuali habeas, qui enim rem suam dat
ege, ut statim alteram recipiat, is animum trans-
:ndi dominii non simpliciter habet, sed tum de-
m, si alter promissum quoque impleat, hoc igitur
ı secuto, dominium non est translatum, perinde
t in emtione venditione. *§. 41. J. de R. D.* non est ca-
ndus, cum enim fateatur *JUSTINIANUS* disposi-
ıem ejus non esse ex mero jure civili, sed potius ex
: gentium, hinc illa ad alia negotia, in quibus ea-
n subest ratio, merito quoque applicatur. *L. 4. C.*

rum specialius ostendendum erat, quid causa sit, ac quousque illa negotium reddat obligatorium) sive sunt *contractus proprio & specifico nomine carentes* (hoc nihil explicare, jam diximus) *quibus aliquid præstatur, ut alter vicissim aliquid præstet,* hæc paulo propius quidem ad explicandam horum negotiorum indolem accedunt, adhuc tamen nimis generalia sunt, utrum enim præstatio illa ad perfectionem vel consummationem pertineat, aut quousque eadem negotium obligatorium reddat, id non ostenditur, in quo tamen negotii cardo vertitur.

2. Rectius igitur sic dicemus: Contractus innominati sunt *Contractus ex pacto nudo reciproco, & præstatione rei promissæ, ab uno facta, compositi, eum cui præstatio exhibita, efficaciter ad promissum servandum obligantes.* Nimirum si nudum conventionis placitum v. gr. de rebus permutandis intercessisset, tum illud, velut nudum pactum, impune negligi poterat, sed si alter suum præstitisset, tum æquum videbatur Romanis, ut alter ad promissum implendum efficaciter obligaretur, hinc ex *conventione mutua,* ac *unius præstatione* velut duabus partibus essentialibus contractus innominati erant compositi, quod *lit. C.* recte docetur. Porro omnis valor respiciebat saltem eum, cui præstatio facta, is enim efficaciter ad promissum implendum obligabatur, ille vero qui suum præstiterat, poterat vel ob cessationem alterius, vel ob pœnitentiam propriam præstitum repetere, modo tale quid esset, quod repeti posset, quod ultimum satis absurdum censeri debet, cum enim ex pacto nudo unilaterali solutum repeti nequeat, obligatione naturali repetitionem impediente, mirum omnino videri poterit, quod pœnitentia in pacto nudo reciproco locum invenerit.

Ob-

OBSERV. DCXX.

Etiam hodie lit. C.) Dari hodie contractus innominatos sensu juris Gentium i.e. conventiones consensuales, certo aliquo nomine carentes, facile concessim, plura enim sunt negotia, quam nomina, at contractus innominatos sensu juris Romani hodie quoque in Germania occurrere, id vero hautquaquam admiserim, quicquid *AUTOR* aliique dissentiant, nam constans est sententia, quod *hodie pacta nuda effectum agendi sint obligatoria*, jam verò illa negotia, quæ post præstationem unius, Romanis dicebantur contractus innominati, ante illam sunt *pacta nuda*, ergo necessario consequitur, quod *penes nos, in illo statu sint obligatoria*, & quod adeo omnia illa negotia apud nos valeant ut *contractus consensuales*, præstationesque non amplius pertineant ad eorum *perfectionem*, sed *consummationem*, perinde sicut v. gr. in emtione venditione præstationes mutuæ ad implementum contractus spectant, hinc etiam iisdem regulis, quibus contractus consensuales diriguntur, hæc negotia æstimare par erit.

2. Non obstat (1.) *doctrinam Romanam nullibi esse abrogatam*, nam non opus est abrogatione, ubi nulla receptio facta, (2.) *pacta præparatoria ne hodie quidem obligatoria, talia autem esse conventiones, ex quibus contractus innominati fiant*. Jam supra *tit.* de pact. *lit.* hoc effugio usus est *AUTOR*, sed falsum est, pacta præparatoria non esse obligatoria, ceu ibidem probavimus, præterea falsum est, quod conventiones, ex quibus contractus innominati fiunt, sint pacta præparatoria. Hæc enim à negotio principali plane sunt distincta, sic v. gr., pactum de emendo, ab emtione

ne penitus differt, illæ vero, juxta æstimationem naturalem, sunt ipsa negotia principalia, præstationes vero secutæ ad consummationem spectant, juxta jus Romanum autem, conventio cum præstatione unius secuta, contractum innominatum efficit, utro igitur modo illæ spectentur, neutiquam pro pactis præparatoriis haberi possunt, sunt enim vel ipsum negotium principale, vel negotii principalis pars essentialis, quod quidem de aliquo pacto præparatorio non temere asserueris. In specie haut officit (3.) *doctrina Carpzovii d. p. 2. C. 33. D. 23.* est enim nimis crude ex jure civili adornata, cum tamen de ejus valore jam quæstio sit.

Observ. DCXXIII.

Sunt vel regulares vel irregulares) Hæc divisio uti hodie nullius est momenti, si admittas ea, quæ modo diximus, ita nec de jure civili valde est necessaria, solum enim *nomen* contractum non facit irregularem, cum hoc ex *forma obligandi* potius dependeat, præterea ne quidem nomina peculiaria hic occurrunt, nomen enim *permutationis*, generale est convenitque omnibus contractibus onerosis, contractus autem *æstimatorius*, forsitan frustra asseritur, de quo mox distinctius.

Observ. DCXXIV.

Inde datur actio præscriptis verbis) Quæ eo tendit, ut alter, cui præstatio facta, à sua parte contractum impleat. Præterea vero competit danti condictio c. d. c. n. f. qua is vel ob cessationem accipientis, vel pœnitentiam propriam repetit rem datam, quæque ex quasi contractu descendere vulgo existimatur, *vid.* Observ. *344.* quamvis alii ex ipso contractu innominato

nato

eam repetant. *vid. HUBER posit. ad ff. de con. c. d. c. n. s. n. 4.* in quibus tricis nihil omnino si- est.

Ita de jure civili. Sed hodie aliter se illa habe- t, si admittas ea, quæ paulo ante disputavimus; iim contractus Romanorum innominati, hodie contractus consensuales vel pacta nuda (hæc n juxta simplicitatem naturalem, quam sequi- , coincidunt) actio, quæ ad eorum consumma- em tendit, non *præscriptis verbis*, sed potius *con- ex moribus*, dicenda erit, quamvis de hoc non e laborandum sit, præterea non uni, sed utrique us contrahentium dabitur. Condictio autem à data causa non secuta locum non amplius in- iet ob *pœnitentiam*, quia hæc, conventione initâ, nere excluditur, nec etiam regulariter ob *cessa- m accipientis*, quia in contractibus consensuali- b hanc causam repetitio ordinarie non indul- r. *vid.* Observ. *347. 348. 349. 350. 351.* Ex his autem ibus hæc sequitur conclusio, magnum esse in- retum abusum, quando omnia ferè negotia, juri nano incognita, ut cambium, assecurationem, essionem salinarum similiaque, contractus in- inatos non tantum dicunt (hoc enim admitti st, cum sensu juris Gentium queat intelligi) sed regulis contractuum innominatorum Roma- m, inprimis quoad pœnitentiam, æstimant, m tamen & satis violenta sæpe fit applicatio, ac jus Romanum hac in parte probabi- liter non sit receptum.

TIT. III.
DE ÆSTIMATORIA.
OBSERV. DCXXV.

Contractus æstimatorius) Hic, quem vocant, contractus duplici modo ſupponi poteſt, vel pro *tali negotio*, quo certo pretio res æſtimata vendenda datur, ut vel pretium ſolvatur, vel, venditione non ſecuta, res ipſa reddatur, vel *pro tali*, ubi non tantum præcedens tractatus intercedit, ſed & ipſi accipienti, eventualiter, res venditur, ſeu ille vel ad rem reddendam, vel ad pretium ſimpliciter ſolvendum obſtringitur. Prior contrahendi modus periculum rei acceptæ non transfert, bene vero poſterior, illum porro in dubio eſſe aſſerendum putarem, nam ut is, qui operas ſuas principaliter promittit, rei periculum ſuſtineat, id extraordinarium, nec temere præſumendum eſt. *AUTOR* in definitione ſua ad poſteriorem modum reſpexiſſe, utrumque autem in tractatione miſcuiſſe videtur.

2. Id vero quæritur, an *negotium hactenus delineatum, ſit peculiaris contractus æſtimatorius*? *AUTOR* ſic omnino putat, ſed ego arbitrer, juxta priorem contrahendi modum, eſſe *ſimplicem locationem* vel *mandatum*, prout merces intervenit vel non, juxta poſteriorem verò, *locationem* aut *mandatum, ſub lege periculi ſuſtinendi initum ac eventuali emtione venditione propria ſtipatum*. Neque etiam ICti Romani peculiarem contractum hic aſſerunt, ſed dubitationis tollendæ gratia, cum ipſis ſatis liquidum non videretur, an emtio, locatio vel mandatum ſubſit, *actionem æſtimatoriam* ſaltem propoſuerunt, quæ adeo peculiarem con-

ıtractum nequicquam arguit. Nec difficile fuerit, quæ *AUTOR* hic congessit, occurrere. Definitio ıta, quo modo cunque tandem accipiatur, de loione aut mandato, vel simplici vel qualificato inligi potest, juxta ea, quæ *n. 1.* diximus.

OBSERV. DCXXVI.

:t consensu & rei datione) Hoc fluit ex præconcepta sa opinione de peculiari contractu innominato, are dicendum potius, quod solo consensu hoc netium perficiatur, traditio autem ad consumatiom, ac accipientem certo modo obligandum pertiat, perinde ac conductor vel mandatarius ratione non antea obligantur, quam postquam illa tradiest.

OBSERV. DCXXVII.

Hinc transfertur dominium) Et hoc falsæ hypotheзs est consectarium, cui etiam ipse *AUTOR lit. E.* ım accipientem regulariter rei periculum non stinere, rectè contendit, non obscure contradicit: es potius ita se habet: Si res vendenda detur, tum :que dominium neque periculum transfertur, si :ro ita concedatur, ut res vel pretium absolute redıtur, tum periculum quidem non verò dominium ı accipientem transit, licet enim animus & volunıs ipsi accipienti rem quoque vendendi, in dante t, attamen illa nondum sunt acceptata, sed hactenus eventualis saltem subest venditio, quodsi utem accipiens declaret, sed pro pretio determiato rem retinere velle, tum negotium, quod ıactenus in terminis locationis vel mandati subtitit, in venditionem degenerat ac dominium ransfert. Atque ex his facile occurri potest texibus in contrarium allegatis. In *l. 1. pr. h.* nihil

aliud habetur, quam continere hoc negotium aliquid in se, quod ad venditionem accedat, sed inde non sequitur, quod dominium statim transferatur, quia saltem tractatus vendendi, non ipsa venditio subest, ceu modo ostendimus. Dare, est dominium transferre juxta §. *14. J. de action. l. 75.* §. *fin. de V. O.* si scilicet animus transferendi adsit, hunc vero hic deficere, antea dicta ostendunt. Ad venditionem requiri, ut dominium transferatur, ait *l. 80.* §. *fin. de C. E. V.* sed hic subesse statim venditionem negamus.

OBSERV. DCXXVIII.

Differt tamen à venditione) Hoc facile concesserim, posse tamen hoc negotium in venditionem degenerare, ex modo dictis patet. A mandato autem & operarum locatione idem differre, ex *d. l. 5.* § *3. mand. l. 39. locat. l. 65. de C. E. V. l. 2. h. t.* non probatur, nam mandato & locatione dominium quidem non transfertur, ceu *d. leges* præcipiunt, sed in hoc negotio dominium transferri, antequam idem in venditionem degeneret, id supponit quidem *AUTOR*, sed non probat. Juxta hæc non opus erit ut ad *l. 19.* §. *1. de P. V.* respondeamus, quamvis etiam contra *AUTORIS* sententiam objectio parum valida inde depromi queat.

OBSERV. DCXXIX.

Hinc actio æstimatoria locum non habet, si quis alteri committat generaliter rem justo pretio vendendam lit. O.) Hæc ex sua saltem hypothesi, qua peculiarem contractum sibi hic imaginatur, *AUTOR* iterum asserit, allàs de jure civili nihil obstat, quo minus etiam hoc casu æstimatoria agi queat, quamvis utique ista contrahendi ratio apertius locationem aut mandatum innuat. Hodie de nominibus actionũ parum laboran-

andum erit. Quæ porro mox sequuntur, *non suf-e æstimationem taxationis gratia*, itidem non sunt nittenda, nam duplicem esse contrahendi ration satis antea probavimus, hinc utraque merito endi, minimè verò altera præcisè exigi debet. *Arg.* *§. 3. commod.* & *l. 21. C. de jur. dot.* nihil ad rem fant, cum in thesi saltem doceant, quod diversa sit imandi ratio ac utriusque diversus effectus, imo ericulum regulariter ad accipientem non perti-, quod *lit. E.* agnoscitur, æstimatio sane plerum-e taxationis gratiâ facta censeri debet!

OBSERV. DCXXX.

Hic obligatur accipiens ut in D. licet res perierit lit. E.) m statim hoc ita temperatur, ut saltem per mom exceptionis admittendum, regulariter autem ericulo accipiens immunis pronunciandus sit, res ne se habet, & agnoscit adeo *AUTOR* duplicem ntrahendi rationem, id quod si in præcedentibus oque observasset, hæc doctrina cæteris assertionis non contradiceret, ceu hinc inde annotavimus.

OBSERV. DCXXXI.

Non etiam qui dedit lit. E.) Hæc iterum ex hypotheeculiaris contractus innominati fluunt, hinc hanus non admittenda. De cætero facultas rem dan, re integra, repetendi, etiam juxta nostram sentiam defendi potest, si mandatum supponas, res rta est, mandantem enim habere facultatem recandi, notum est, sed & idem dici potest, licet mers promissa sit, nam operæ hic non simpliciter cenitur conductæ, sed si conductori alienatio rei traæ placeat, hinc ob hanc conditionem facultas recandi locum quoque hoc casu habebit.

OBSERV. DCXXXII.

Sufficit præstare pretium conventum, licet accipiens plus inde sit consecutus) Verum hoc est, si eum contrahendi modum supponas, quo ita convenit, ut res vel pretium conventum simpliciter reddatur, adeoque res eventualiter ipsi accipienti pro illo pretio quoque sit vendita, nam exinde satis liquet, id, quod amplius consecutus est accipiens, ejus lucro esse debere, nec obstat *l. 13. de P. V.* & *l. 44. pro soc.* per quas *ZOESIUS adff. h. t. n. 3.* & *JOH. VOET in comm. ad h. t. n. 2.* dissentiunt, pertinent enim ad alterum contrahendi modum, quo nude res vendenda conceditur, quem *AUTOR in fin.* h. indicat, hoc enim casu accipiens excessum non aliter lucratur, quam si expresse ita conventum sit, ast ex prima contrahendi ratione voluntas hæc jam satis apparet.

OBSERV. DCXXXIII.

Quod secus est si quis tantum per locationem) Ita est, si de re vendenda, nude actum sit, accipiens excessum pretii non consequitur, quia deficit voluntas! sed inde non sequitur, quod peculiaris detur contractus æstimatorius, a locatione aut mandato distinctus, sed id saltem inde patet, quod hi duo contractus intuitu rei vendendæ, duplici modo iniri queant. Ex quibus adeò omnibus satis forte patet, contractum æstimatorium frustra asseri. Nec opus etiam erit hodie *actione æstimatoria*, cum manifestum sit, eam ex fori Romani sollicitudine, qua de actionum nominibus nimium satagebant, habere originem, hinc actio *locati* & *mandati*, imò etiam *venditi*, si accipiens pro pretio convento, se rem retinere velle declaret, in omnes casus sufficiet, quamvis nomen *actionis æstimatoria*

toria

etiam ultro adhiberi queat, imo, modo factum re censeatur, nomen actionis plane potest o-i.

TIT. IV.

DE RERUM PERMUTATIONE.

OBSERV. DCXXXIV.

rmutatio) Est hodie *contractus consensualis de re a- qua, pro sua re aequivalente, habenda.* Perficitur *so- isensu*, perinde ut emtio & venditio, *traditio* ve- l *consummationem* pertinet, licet *AUTOR* ex fal- ypothesi dissentiat *lit. C.* de caetero recte dicitur, d ea sit permutationis intentio, ut dominium imile jus reale transferatur, modo hoc non de *ritate*, quod *AUTOR* vult, ut mox circa objectum nctius videbimus, sed *opinione contrahentium* ex- iatur, nam sufficit si dominium praesumtive sit islatum.

OBSERV. DCXXXV.

icet dans fidem de pretio non habeat) Hoc falsum exi- io, sive permutationem pro contractu innomi- o sive consensuali habeas, qui enim rem suam dat ege, ut statim alteram recipiat, is animum trans- endi dominii non simpliciter habet, sed tum de- m, si alter promissum quoque impleat, hoc igitur i secuto, dominium non est translatum, perinde it in emtione venditione. *§. 41. J. de R. D.* non est ca- ndus, cum enim fateatur *JUSTINIANUS* disposi- nem ejus non esse ex mero jure civili, sed potius ex e gentium, hinc illa ad alia negotia, in quibus ea- n subest ratio, meritò quoque applicatur. *L. 4. C. de*

de Rer. permut. indefinite loquitur de translatione dominii, adeoque ad casus habiles debet referri. Juxta hæc nobis non erit respondendum ad *l. 3. de pign. action.* quamvis, admissa *AUTORIS* sententiâ, dici queat, agere illam de *traditione dolo improbiori elicita*, cujusmodi dolus in eo, cui res ex permutatione traditur, ab initio haut sit, licet igitur illa dominium non transferat, hanc tamen id transferre posse. Plane illa nonnullorum sententia, quod dominium demum mutua traditione transferatur, quam *AUTOR* hic indicat, non est admittenda, nisi forte eo sensu accipiatur, quod tunc demum pœnitentia & facultas repetendi cesset, tum enim juxta hypothesin juris civilis vera erit, quamvis hodie sola conventione pœnitentia excludatur.

Observ. DCXXXVI.

Permutant omnes lit. S.) Tractatio de *personis permutantibus*, eadem est, sive permutationem pro contractu innominato, sive consensuali habeas, hinc nihil hic annotandum venit. Idem dicendum de *materia lit. O.* quæ itidem, juxta utramque hypothesin, eadem est.

Observ. DCXXXVII.

Hoc tamen in casu negotium propius accedit ad emtionem) Res etiam venalis permutari potest, quod autem ab hac circumstantia, necessitatem præstandæ evictionis *AUTOR* repetat, id fluit ex falsa hypothesi, quâ res *aliena* penitus à permutatione arcetur, cujus vanitatem mox ostendam. Hinc simpliciter ex natura permutationis, præstatio evictionis fluit, ac habet locum, sive res venalis, sive non venalis fuerit permutat. Equidem in *l. 1. C. h. t.* duo illi casus sibi op-

opponuntur,attamen ultimo casu evictionis præstatio non negatur,sed præter jus eam petendi, læso etiam facultas suum repetendi, elective asseritur. Plane hodie, ubi permutatio est contractus consensualis, sententia nostra sine dubio est admittenda.

OBSERV. DCXXXVIII.

Non etiam res aliena, nam ea data, nulla contrahitur permutatio) Emtionem & venditionem quoad certos effectus recipere rem alienam, certum est, sed permutationem nullo plane modo eam admittere, vulgo putant. Sed uti hæc differentia dubio procul, si subesset, hodie cessaret, si permutationem pro contractu consensuali habeas, ita eam nec de jure civili obtinere, sed permutationem, etiam ut contractum innominatum spectatam, perinde ac emtionem, rem alienam admittere, plane arbitror. Nam (1.) cum de qualitate rei in foro civili non semper constet, utique dans suo satisfecit officio, si rem præsumtive propriam, & de qua aliud non apparet, in alterum transferat, sane plus exigere, est vim facere indoli negotiorum humanorum, ac vanæ indulgere speculationi, atque hoc (2.) satis confirmant *l. 1. C. h. t. l. 29. C. de evict. l. 1. §. 1. h. t. l. 4. §. 17. de usurp. l. 7. §. 5 de public. in rem act.* quas AUTOR sibi objicit, nam responsio communis, *quod effectus ibi memorati sequantur, quia res fuerit venalis*, vel *accipiens à sua quoque parte contractum impleverit*, rem non conficit, nam primam esse nullius momenti, *observ. præced.* ostendi, alteram vero quod attinet, effectus præstandæ evictionis quidem aliter sequi nequit, quam si accipiens suum quoque præstiterit, sed ita etiam se res habet in emtione venditione, quod autem effectus usucapio-

nis & actionis publicianæ demum etiam sequatur, post accipientis præstationem, id verò supponitur quidem, sed non probatur, potius illi effectus statim sequuntur simulac res â primo tradita est, id quod & generalitas *d. l. 4. §. 17. de usurp. l. 7. §. 5. de public. in rem action*, & ratio satis evincit. Nec obest (3.) *l. 1. §. 3. h. t.* quæ profectò nimis ineptè captatur, cum omnis recta ratio jubeat, ut illam, juxta indolem negotiorum humanorum, accipiamus de casu ubi constat, quod res aliena data sit, atque hæc sententia (4.) eo magis admittenda videtur, quod *STRAUCHIUS d. exerc. 16. §. 4.* eam etiam probet, cum ille alias ex tricis vel juris civilis, vel interpretum, si modo ulla ratione illæ sustineri queant, non temere quid dimittere soleat. *conf.* Observ. *576. 578.*

Observ. DCXXXIX.

Licet res nondum evicta sit) Hæc assertio ad doctrinam proxime præcedentem non quadrat, hinc debet referri ad remotiorem. Scilicet ex sententia *AUTORIS*, re aliena data, *accipiens conveniri nequit actione præscriptis verbis, sed tantum condictione ex bono & æquo, quasi causa data, causa non secuta,* quæ Ejus verba sunt, paulò ante posita, tum recte sequitur ampliatio: *licet res nondum evicta sit.* Doctrinam autem illam falsam esse puto per ea quæ *observ. praced.* dixi.

Observ. DCXL.

Forma hujus negotii est) Hodie illa consistit in serio consensu de rebus æqualibus permutandis, præstatio rerum ad consummationem vel executionem pertinet. An autem â permutatione de jure civili differat articulus *do ut des*, quod *AUTORI h. & tit. seq.* vide-

videtur, de eo alii, quibus lubet, dispiciant accuratius, mihi illud verosimile non videtur, nam in *l. 5 §. 1. de P. V.* in qua ex professo hæc res explicatur, permutatio & articulus do ut des, synonymice accipiuntur, præterea valde probabile videtur, quod ut aliàs, ita hic etiam vocabulum *dandi* cum emphasi accipiatur pro translatione domini, denique ista loquendi ratio, *do ut des*, actum seu translationem dominii mutuam & simultaneam satis innuere videtur, hinc exempla, quæ ex legibus citatis hic afferuntur, â scopo plane abludunt, sed de his tricis alii contendant. Observ. DCXLI.

Permutatione unius præstatione facta lit. E.) De effectu permutationis hodie etiam aliter judicandum erit, quam hic scriptum est. Nimirum simulac conventio perfecte inita est, exclusâ omni pœnitentiâ, uterque ad rem promissam præstandam efficaciter obligatur, perinde sicut se res habet in emtione venditione. Neuter tamen cum effectu agere potest, nisi â sua parte contractum simul impleat, nam aliàs agenti obstabit exceptio non impleti contractus. Porro, perfecta conventione, res promissæ sunt mutuo Creditorum periculo, qua in parte, ob diversitatem objecti, aliqua inter Emtionem & Permutationem est differentia, in illa enim rei venditæ periculum spectat quidem ad emtorem, sed periculum pretii vice versa non sustinet venditur, quia scilicet quantitas debetur, quæ perire nequit, ast in hac, par utriusque, in sustinendo periculo, est conditio, quia ab utraque parte certa debetur species.

Observ. DCXLII.

Actio præscriptis verbis) Hodie actio potius dicenda

da erit *Condictio ex moribus*, quia ex pacto nudo oritur, quamvis & prius nomen retineri queat, cum sollicitudo fori Romani â Germania exulet. De cætero definito *AUTORIS* etiam ad mores nostros quadrat, modo dationem, non ad *perfectionem* contractus referas, sed pro *causâ sine qua non* habeas, nam hodie actio oritur, simulac conventio seriò inita est, cum effectu tamen institui nequit, nisi actor â sua parte contractum impleverit. Porro obligationem Rei, actionisque adeò institutæ effectum *AUTOR* recte declarat, quæ ad mores nostros etiam quadrant, de cætero, nisi errare velis, attente legi debent.

OBSERV. DCXLIII.

Maxime si res postea evincatur) Hæc ampliatio rectius fuisset omissa, quia sensum quodammodo turbat aut ambiguum reddit, nam hactenus docuit *AUTOR*, quod is, qui suum præstitit, agat adversus alterum, quo rem promissam quoque præstet, hinc non apparet, quomodo in his terminis, de evictionis præstatione quæri possit, nec enim actor, quoad rem â se datam, ita aget, nec ratione rei promissæ, utpote quæ nondum data est, adeoque evinci non potuit! Interim pro explicando *AUTORE* dicendum quod, obiter illa assertio inspersa sit occasione doctrinæ præcedentis, quæ de eo, quod interest, agit, quodque voluerit *AUTOR* duos exprimere casus, quibus ad interesse agatur, scilicet primo, si reus in re promissa præstanda sit morosus, deinde, si ob evictionem agatur, quæ assertio tamen de casu habili est exaudienda.

OBSERV. DCXLIV.

Nisi res perierit absque dolo vel culpa levi debitoris) Recte ait *AUTOR*, reum liberari, si res promissa casu peri-

perierit, jacuit enim periculo creditoris, perinde ſicut rei venditæ periculum, emtione perfecta, ad emtorem pertinet, ceu *Obſerv. 641.* jam admonuimus. Effectus hujus rei eſt, quod debitor rem acceptam retinere queat, adeo ut nec ex capite pœnitentiæ dans illam repetere poſſit, ceu recte hic dicitur, nam facultas pœnitendi juxta naturam contractus intelligenda, adeoque tamdiu ſaltem aſſerenda eſt, quamdiu debitor ſuam præſtare poteſt, & mera eſt cavillatio, quando nonnulli repetitionem ex cauſa ceſſationis quidem negant, ſed pœnitentiæ concedunt. Non obſtat. *l. fin. de condict. c. d. c.* n. ſ. nam agit de caſu, ubi ſine conventione prævia, res erat data, hinc res ſperata dantis periculo nondum eſſe potuit, ceu bene *AUTOR ad d. tit.* reſpondit *vid.* Obſerv. *349.* Hodie facultas pœnitendi, admiſſa ſemel hypotheſi antea allatâ, dubio procul ceſſat, imo illud amplius ex ea ſequitur, quod debitor re promiſſa ſublata, alteram, quæ ſibi promiſſa erat, recte exigat, perinde ſicut venditor exigit pretium, licet ipſe nihil præſtet, ſi ſcilicet caſus præſtationem impediat.

OBSERV. DCXLV.

Non etiam ad rem datam repetendam) Sed hoc fine agitur condictione cauſa data, cauſa non ſecuta, non obſt. *l. 4. C. h. t.* in qua actio præſcriptis verbis eò pertinere dicitur, ut *vel fides placiti ſervetur*, vel *quod datum eſt, cauſa non ſecuta reſtituatur*, cum enim talia ſint prædicata, qualia permittuntur eſſe à ſuis ſubjectis, ideo prior præſtatio ſaltem ad actionem P. V. referri, quoad poſteriorem verò nomen condictionis c. d. c. n. ſ. ſubintelligi debet. Illud facile liquet, controverſiam hanc non eſſe magni momenti, cum ad ſolum

lum

lum actionis nomen pertineat. Hodie repetitio neque ex capite poenitentiæ neque cessationis locum habebit, per ea quæ diximus *Observ. 624.* imò ne quidem illa, in casu læsionis enormis, locum inveniet, quod *AUTOR* mox hypothesi juris civilis asserit, sed electio lædenti erit servanda.

2. Quo discrimen juris Romani & moderni ex nostra quidem sententia, clarius appareat, summatim triplex negotii status est distinguendus, vel enim (1) *conventio de rebus permutandis tantum intercessit*, hoc casu jure Romano nulla obligatio efficax adest, sed jure naturali & moderno, perinde valida hic nascitur obligatio, ac in emtione venditione & res promissæ mutuo sunt contrahentium periculo: vel (2) *conventioni præstatio aut traditio unius accessit*, hoc casu tam jure Romano quam moderno accipiens ad promissum implendum adigi potest, sed id discriminis subest, quod præstatio facta, juxta illud, sit pars essentialis contractus, juxta hoc vero, saltem conditio sine qua non, quæ ut valide agi queat prærequiritur. Præterea de jure civili dans rem datam repetere potest, quod hodie cessat. Vel (3.) *præter consensum ab utroque facta est præstatio*, hoc casu jure Romano omnis poenitentia cessat, quod procul dubio hodie quoque ad exemplum emtionis venditionis consummatæ obtinet.

Tit. V.
DE PRÆSCRIPTIS VERBIS.
Observ. DCXLVI.

Et *mixta species esse videtur*) Plura vel mixturæ, vel occasione usitatorum, saltem efformata exempla recenset *JOH. VOET. in comment. ad ff. h. t. num. 1.*

nimi-

nimirum *do ut des & facias; facio ut des & facias; do & facio ut des; do & facio ut facias; do & facio ut des & facias*, ut &: *do ne des; do ne facias; facio ne des; facio ne facias*, & similia, nam plura adhuc occurrere vel effingi posse, certum est.

OBSERV. DCXLVII.

Articulus do ut des) Circa singulos contractus innominatos, quos *AUTOR* hic refert, ac frustra *regulares* vocat, *vid.* Observ. *623.* duo summatim spectari possunt, (1.) *ipsum negotium*, (2.) *officium contrahentium*. De utroque aliter juxta jus civile, quod *AUTOR* sequitur, aliter juxta modernum, *Observ. 622.* adstructum, erit judicandum. De *articulo do ut des*, satis à nobis actum, dum Permutationem explicavimus. Discrimen, quod hic laudatur, rejecimus *Observ. 640.* Illa porro differentia, quod articulus do ut des, sit stricti juris, permutatio, bonæ fidei, negata priori, ultro ruit, hodie in genere illud discrimen cessare ad *tit. d. O. & A.* ostendam.

OBSERV. DCXLVIII.

Do ut facias) Hodie est *contractus consensualis, quo aliquid pro exhibitione facti promittitur.* Perficitur adeo *solo consensu*, sicut locatio conductio, *traditio* ac *exhibitio* saltem ad *consummationem* pertinet. Quoad *personas* nihil interest, sive contractum innominatum sive consensualem supponas, *materia* etiam, juxta utramque hypothesin, erit eadem, quamvis à materia locationis quandoque differat, *lit. O.* quod autem *AUTOR rem alienam* plane hinc arceat *lit. D.* id *Observ. 638.* rejecimus.

OBSERV. DCXLIX.

Hinc oritur actio præscriptis verbis) Hodie potius

con-

condictio ex moribus, vid. Observ. *624. 642.* quo autem discrimen juris Romani & moderni appareat, triplex status disting[uitur] potest, vel (1.) *nuda conventio initia*, & nulla datur actio de jure civili, sed hodie ab utraque parte efficaciter ad implementum agi posse puto, vel (2.) *alter dedit*, hæc datio jure Romano est pars essentialis contractus, sed hodie saltem pars executionis, utroque autem jure agi potest, ut accipiens promissum impleat, jure tamen Romano promissor præstatione ejus quod interest, defungitur ex doctrina *AUTORIS h. vid.* Observ. *603.* Præterea dans, ob *pœnitentiam*, rem datam repetere potest, quod hodie cessat, si vero accipiens *casu impediatur*, quo minus promissum impleat, tum repetitio locum habet etiam hodie, si *simpliciter opera utilis promissa sit*, si verò *certum respiciat objectum*, adeoque quodammodo *mixta* & *causa dandi* sit, repetitio cessabit, de quo casu accipiendus *AUTOR lit. E. in fin. h. vid.* Observ. *350. 644.* vel (3.) *utriusque præstatio facta*, tum quia penitus consummatum est negotium, pœnitentia dubio procul cessat & casus, si quis accidat, ad accipientem pertinet, qua in re jus Romanum & modernum consentiunt.

OBSERV. DCL.

Facio ut des) Hodie est *contractus consensualis, quo factum pro aliqua re promittitur*, ad cujus indolem intelligendam repetenda sunt ea, quæ *Observ. 648.* diximus. Porro intelligendo contrahentium officio triplex negotii status, juxta *Observ. prac.* iterum distinguendus, In *primo* & *tertio* eadem obtinent, quæ modo diximus, in *secundo* verò, cessat etiam de jure civili repetitio, ob conditionem objecti, factum

enim

enim infectum fieri ac repeti nequit, accipiens autem obligatur ad rem promissam præstandam, qua in re quidem jus Romanum & modernum consentiunt, in æstimando tamen facto præcedente dissentiunt, illud enim factum exhibitum pro parte essentiali contractus, hoc autem pro conditione sine qua non, habet, juxta ea quæ *observ. prac.* & *645.* diximus.

OBSERV. DCLI.

Et vix est ut hic antinomiam negemus) An is, cui factum exhibitum, ad implendum promissum actione præscriptis verbis, an doli, adigendus sit, magna est inter interpretes quæstio, propter variantes *PAULI* & *ULPIANI* sententias, & licet eam vulgò admirentur, cum sit subtilissimæ disquisitionis, imò *ἐκ τῶν ἀπόρων* teste *VINNIO d. qu. 46.* eamque varia ratione componere connentur *conf. STRAUCH. exerc. 16.* §. *11.* attamen manifestum est, quod illa non ad solidam eruditionem, sed rabulariam fori Romani pertineat, ac hodie nullius usus sit, nam in genere de actionum nominibus hodie parum laborandum est, in specie actionem doli subsidiariam, haut esse in usu, ad *tit. de dolo* ostendimus; denique cum hodie articulus facio ut des, sit negotium consensuale, hinc condictione ex moribus ejus consummatio obtinetur.

OBSERV. DCLII.

Facio ut facias) Est hodie *contractus consensualis de facto aliquo reciproce exhibendo initus.* Perficitur adeo *solo consensu* sicut locatio, mutua autem *facti exhibitio* ad consummationem pertinet. Ad intelligenda officia triplex negotii status distingui debet, & tum obtinent ea, quæ modo diximus circa præcedentia exempla.

OBSERV. DCLIII.

Actio præscriptis verbis) Tota hæc de nominibus actionum philosophia, ad forum Romanum pertinet, nec Tironum opus esse creditur, ista debite posse expedire, sed hodie, ut aliquoties dictum, ista sollicitudine possumus supersedere, quæ tamen admonitio non eò pertinet, quasi nominibus istis ex libertate uti non liceat, aut quasi in denominandis actionibus consulto velut impingendum sit, necessitas nomenclaturæ Romanæ saltem negatur. *add. STRUV. S. J. C. exercit. 5. §. 40. in fin.*

LIB. XX. TIT. I.

DE PIGNORIBUS ET HYPOTHECIS, ET QUALITER EA CONTRAHANTUR, ET DE PACTIS EORUM.

OBSERV. DCLIV.

P*Ignus)* Inter jura realia etiam occurrit pignus, quod uti ex regulis utilitatis inter homines invaluit, ita ejus indolem & varietatem, sine adminiculo juris Romani, dubio procul intelligere possumus. Constitutio quoque pignoris, de quo *lit. C.* ex principiis communibus dependet, personæ enim habiles rerum suarum administratione gaudentes, immediate vel mediate, in re habili suo consensu illud constituunt, aliquando sine, aliquando cum traditione, prout regulæ utilitatis hoc exigunt, ex quo fundamento etiam leges positivæ actum judicialem aliquando requirunt. *add. DECIS. SAXON. 38.*

OBSERV. DCLV.

Convalescit tamen si non domino constituenti succedat verus

verus dominus lit.C) Recte ita pronunciavit *MODESTINUS in l. 22. h.* nam adest dominium & domini consensus ex hæreditatis aditione colligendus, adeoque omnia concurrunt, quæ ad constitutionem pignoris requiruntur, hinc ab hoc tempore, ejus validitas meritò asseritur. Quod attinet obstantem *l. 41. de pign. act.* veram heic subesse contradictionem, exinde liquet, quod iisdem fere verbis idem casus proponatur & tamen contraria decisio detur, accedit, quod vulgares conciliandi modi. *vid. ZOES. ad ff. quæ res pign. dar. poss. n. 5.* examen rigidum non sustineant, nec tam textus explicent, quam torqueant, quicquid etiam dissentiat *STRAUCH. exerc. 13. §. 22.* Interim dissentientis *PAULI* nulla erit habenda ratio, quia in applicatione principiorum generalium, jure quoque Romano probatorum, lapsus est, quo casu ICtorum autoritas non tantum potest sed & debet negligi, nisi quis errores veritati præferendos esse dicere velit. Nimirum generale principium est: *Quoties dominus habilis in oppignorationem consentit, toties pignus valet*, jam subsumere licebit; *in casu ubi non domino oppignoranti verus dominus succedit, talis consensus adest*, qui nempe ex aditione colligitur, ergo *quoque pignus valebit.* Sed *PAULUS* principium illud, ad casum præsentem quadrare, seu, consensum domini in pignus subesse negat, verum non probat, esto enim, ceu causatur, *non sufficere ad competendam utilem actionem pigneratitiam, eundem esse dominum, qui etiam pecuniam debet*, sufficit tamen, si idem dominus in pignus consentiat, quem consensum *PAULUS* ex successione colligere merito debuisset, deinde demus, *illum improbe resistere, qui rei à se oppignoratæ,*

postea consecutus est dominium, quo minus utilis actio contra eum moveatur, attamen locum habet vulgatum illud: *unius positio non est alterius exclusio*, & in hoc casu, & in altero etiam, qui controversus est, pignus valet, nec enim sequitur, si aliquis ita aperte consensit in pignus, ut actioni hypothecariæ circa improbitatem nequeat resistere (id quod contingit in altero casu ibidem proposito, ubi is qui rem oppignoraverat, postea dominium erat consecutus) ergo alius, qui sine ejusmodi aperta improbitate resistere posset (ut dominus non domino oppignoranti succedens) non consensit! Equidem pro *PAULO* allegari posset *l. fin. C. de evict.* ubi hæres fidejussoris qui pro venditore, evictionis nomine, se obligaverat, ex sua persona rem ab emtore vindicare potest, modo evictionem præstet. Ex eo enim colligitur, quod dominus alii succedendo, sibi ratione dominii sui non præjudicet. Enimvero inter hos casus magna est disparitas, nam in casu *d. l. 41. de pign. action.* non agitur de dominio rei in alium transferendo, sed solum de pignore in re illa ad tempus constituendo, sed in *d. l. fin. C. de evict.* de dominio in emtorem transferendo quæstio est, facilius igitur verus dominus succedendo, in onus temporarium, quam amissionem dominii sui, consentit. Deinde in *d. l. 41.* defunctus simpliciter se obligaverat, pignus creditori relictum iri, hanc igitur obligationem dominus succedens necessario suscipere, adeoque pignus suo consensu firmare debuit. Sed in *d. l. fin.* defunctus promiserat, quod ipse nolit rem emtori auferre, tertio verò evincente, evictionem velit præstare, dominus itaque succedendo, potest illam obligationem in se suscipere, & tamen

ex

ex suo dominio rem ab emtore vindicare, seu jure tertii uti, hinc nulla cogit necessitas, ut hæreditatem adeundo, suo dominio se abdicet. Calculo igitur recte subducto *d. l. fin.* nobis potius favet, nam generale principium, *quod hæres factum defuncti præstare debeat*, ibi firmatur, defunctum tamen non semper idem egisse, adeoque hæredem non semper ad idem præstandum obligari, simul commonetur, *add. l. 11. C. de evict.*

OBSERV. DCXLVI.

Vel per conventionem etiam nudam lit. C.) Cum pignus respiciat securitatem Creditoris, hinc ea etiam ineunda est ratio, ut scopus ille obtineatur. Quoad res mobiles igitur, quæ facile transferri possunt, hoc agendum est, ut Creditor eas in suam recipiat custodiam, eo fine initur *contractus pignoratitius*, quem, licet pro consensuali hodie habeas, tamen â pacto hypothecæ differre ostendimus *observ. 402.* Quoad res immobiles autem, vel mobiles non facilè amovendas, quales sunt merces in tabernis mercatoriis, aut in genere, rerum mobilium complexus vel universitas, Creditor securus est, licet eas non possideat, dum modo in iis jus contra quemvis valiturum acquirat, eo fine ergo celebratur *Pactum hypothecæ*, quo necessitas rem tradendi, debitori haut injungitur, sed solum jus reale creditori in rebus illis tribuitur, ex quo, cessante solutione, eas aliquando vindicare queat. Atque ista paciscendi ratio, in illis rebus, eò citius fuit recipienda, quo molestius debitoribus foret, ob contractum debitum, rerum, quibus quotidie indigent, ex iisque rem faciunt, possessione abscedere. De cætero nuda illa conventio jus reale propria virtute, â legibus tributa, producit, ut aliquam tradi-

tionem fingere non opus ſit. Qui autem ex conventione illa, *contractum pigneratitium conſenſualem prætorium* efficiunt, illi de magno invento gloriari nequeunt, cum præter luſum in vocabulo, nihil occurrat, nam debitorem ad rem tradendam ex conventione, quocunque demum nomine illa inſigniatur, non teneri, certum eſt.

OBSERV. DCLVII.

Effectus conſiſtit in jure perſecutionis lit. E.) Ex pignore legitime conſtituto, effectus heic memorati, naturaliter fluunt. In ſpecie in quovis poſſeſſore occurrit obligatio, lege naturali conſtituta, ob quam pignus creditori præſtare debent, hinc hanctenus actio hypothecaria eſt naturalis, prædicata autem illa quod ſit *prætoria, arbitraria, Serviana, quaſi Serviana, directa, utilis*, ad emblemata fori Romani pertinent, ac hodie ſunt uſus arbitrarii, imò nimia illa ſollicitudo, qua uſus actionis Servianæ & quaſi Servianæ diſcernitur, inepta cenſeri debet.

OBSERV. DCLVIII.

Etiam in ſpeciali hypotheca) Quod tertius poſſeſſor beneficio excuſſionis gaudeat, id quoque naturale cenſeri debet; conſtituitur enim pignus in ſecuritatem creditoris, adeò ut, non ſecuta ſolutione, ſuum inde conſequatur, hinc natura horum actuum ſatis inſinuare videtur, quod debitor prius ſit excutiendus. Interim negari nequit, quin ambiguas has voluntatis quæſtiones certius determinet lex poſitiva, ut hactenus juris civilis aliquæ hic ſint partes. Cum igitur hoc, beneficium ordinis generaliter approbaverit, hinc probabile videtur, quod etiam poſſeſſor ſpecialis hypothecæ, eodem gaudeat, nec obſtat

Nov.

Nov. 112. c. 1. loquitur enim de casu speciali, ubi Creditor debitori de hypotheca litem moverat, hic verò non obstante lite, rem erat alienaturus, cum enim disponitur, ut, procedente alienatione, ex pretio Creditori satisfiat, vel, hoc non facto, hic vindicandi licentiam habeat, â casu igitur hypothecæ in lite positæ venditæ, ad casum hypothecæ liberæ alienatæ, generaliter inferre non licet. Subfuisse autem litem quoad hypothecam, patet ex iis verbis: *ab hoc autem litigiosi vocabulo hypothecas separari decernimus*, frustra enim fuisset quæsitum, *an hypotheca fiat litigiosa*, vel decisum, *quod talis non sit*, nisi litem motam fuisse supponas, hinc hæc est *IMPERATORIS* sententia, licet lis de hypotheca sit mota, attamen illa non sit litigiosa, scilicet ratione *dominii*, hinc non obstante lite, â debitore eoque domino potest alienari. Ex quo etiam liquet, verba illa: *ab hoc autem &c.* non rectè â nonnullis, *vid. THOMAS. in not. ad Strauch. dissert. 22. th. 3. p. 299.* evertendæ nostræ responsioni urgeri, quasi scilicet *d. Nov.* de casu litis motæ non possit accipi, cum disserte dicatur: *â vocabulo litigiosi hypothecam separari*, nam illis verbis non negari *litem*, sed saltem *vitium litigiosi quoad dominium*, ex dictis constat. Porro nec id obest, quod per alienationem hypothecæ specialis, creditoris conditio longe deterior reddatur, quam per alienationem rei, hypothecæ generali subditæ, ac proinde magis omnino hypothecario speciali quam generali consulendũ esse videatur. *vid BERGER in resolut. b. qu. 2.* nam illa saltem ostendunt, quid constitui possit, non quid constitutum sit. De cætero uti beneficium excussionis nonnunquam plane excluditur *vid. STRUV. S. J. C. exerc. 26. §. 38.* ita in hy-

potheta speciali illud eo casu cessare debere, ubi mortuo debitore, hæredes forum mutant, peræquum videtur, cum Creditor, non fine insigni incommodo actionem personalem alibi aliàs instituere cogatur, admissa scilicet, quæ in multis judiciis viget, sententiâ, quod hæres in foro contractus defuncti conveniri nequeat. In genere quod usum harum sententiarum forensem attinet, putat quidem *Dn. STRYK in not. h. ad p. 404.* quod sententia, quæ beneficium excussionis in speciali hypotheca negat, sit receptior, sed tamen *Dn. BERGER d. n. qu. 2.* sententiam *AUTORIS* usu fori Saxonici adhuc fere comprobatam esse, fatetur, si modo ejus sententiam rectè assequor. *STRUVIUS* quoque *d. exerc. 26. §. 38.* secundum eam pronunciatum esse testatur.

OBSERV. DCLIX.

Præscribitur actioni hypothecariæ) Præscriptio uti dubio procul est ex jure civili, ita circa eam illa occurrit difficultas, quod frustra actioni hypothecariæ longius tempus, 40. scilicet annorum, quam actioni personali principali sit præstitutum, cum hac sublata, illa amplius durare nequeat. Et eo fere deveniunt, sublata licet per præscriptionem actione principali, hypothecariam tamen adhuc durare posse, vel ob obligationem naturalem, quæ ibi adhuc subsit, *vid. STRYK in not. h. FIBIG. Coll. leg. disp. 13. qu. 10.* vel etiam ex propria sua, qua constet natura, juxta quam non aliter cesset hypotheca, quam si soluta sit pecunia aut creditori satis factû, unde & aliis casibus subsistat, extincta licet obligatione principali *l. 13. §. 4. l. 27. de pign. l. 9. §. 3. de pign.* (pign. Act.) *l. 1. 2. C. de luit. pign. l. fin. de duob. reis l. 74. de fideicom.* (l. 59. ad SCt.

Tre-

Trebell.) *l. 38.* §. *ult. de solut.* ita cum aliis *STRUV. de exerc. 26.* §. *40.* Enimvero illa dubium non videntur expedire, nam quod præscriptione quoad actionem principalem interveniente, obligatio naturalis maneat, id quidem maxime dubium imo plane falsum videtur, hinc etiam plerique interpretes fatentur, quod præscriptio ipso jure tollat actiones, *vid.* infr. *l. 44. tit. 3.* quodsi nihilominus pertendas, vinculum naturale subesse, erit tamen tale, quod effectum externum non habeat, sed rectius omnis obligatio naturalis tamdiu negatur, donec dissentientes bonis rationibus eam probaverint, nam ex consensu subditorum, lex civilis jura & obligationes penitus tollere potest. Quod autem sublata obligatione principali, hypotheca propria sua natura subsistere queat, ceu alterea sententia causabatur, id rationi plane repugnat, hypotheca enim pertinet ad securitatem crediti, nec alio nomine, ejus intuitu, creditori jus competit, jam fac creditorem persequi hypothecam, i. e. desiderare ut nomine crediti sibi exinde satisfiat, ubi tamen nullum creditum amplius subest! hoc vero est, contradictoria simul asserere! Textus in contrarium allegati nihil probant. In *l. 13.* §. *4. de pign.* principalis obligatio neutiquam erat sublata, nec enim per sententiam condemnatoriam, sed solutionem illa tollitur, ceu ibidem dicitur. *L. 27. eod.* verbis *fingamus nullam*, non dicit, quod sublata obligatione principali, duret hypothecaria, sed saltem, quod *animadversioni & auxilio Prætoris* locus sit, quæ scilicet eò pertineant, ut dominus ob servum oppignoratum, inhumanius habitum, puniatur, ut taceam, ICtum non tam certò aliquid ibi asserere, quam solum incidenter aliquòd dubium proponere. *L. 9.* §. *3.*

de pign. action. (hæc enim intelligi videtur) loquitur de eo quod plerumque fit, nempe tamdiu durare pignus, donec creditori satisfactum, sed idem obtinet quoad præscriptionem quæ privatæ satisfactioni meritò comparatur in *l. 2. C. de luit. pign.* obligatio personalis non penitus fuit sublata, cum probabiliter ille textus sit intelligendus juxta casum *l. 1. C. eod.* vel ubi ob aliud debitum, aut impensas *vid. l. 8. de pign. act.* retentio pignoris adhuc locum habet, quamvis alii *d. l. 2.* etiam emendent, in eo omnes videntur consentire, quod ad certum casum restringenda sit, *vid. BRUNNEM. ad d. l. 2. ZOES. ad ff. quib. mod. pign. solv. n. 3.* In *l. fin. de duob. reis* nihil habetur, quod huc faciat, nam quod obligatio cotrealis maneat, uno licet ex correis eidem exemto, exinde non sequitur, quod pignus etiam subsistat, actione principali per præscriptionem extincta. In *l. 59. ad SCt. Trebell.* (hæc enim omnino alleganda videtur, cum *l. 47. eod.* ad rem nihil faciat) obligatio principalis revera non est sublata, sed ex otiosa subtilitate saltem extincta videtur; hinc mirum videri non debet, quod pignus etiam manserit. In *l. 38. §. 5. de solut.* obligatio fidejussoria quidem erat extincta, sed tamen obligatio principalis manserat, hinc cum qualitas debitoris & fidejussoris in eodem subjecto concurreret, pignus subsistere potuit, ut taceam *AFRICANUM* in *d. l. 38. §. 5.* falsam sectari hypothesin, quasi confusio fiat, si obligatio accessoria & principalis in eodem persona concurrant, quæ etiam in *l. 93. §. 2. 3. l. 95. §. 3. eod.* reperitur, nam, si rationem & veritatem secteris, nulla subest confusio, sed obligatio fidejussoria, principali in eodem subjecto juncta, revera maquanet qua de re ad *tit. de Accept.* dicendi locus erit. 2. Jux-

2. Juxta hæc igitur pro certo supponendum putarem, actione principali per præscriptionem sublata, hypothecariam quoque necessario tolli. Quare tollendæ difficultati antea motæ, dicendum videtur, duplicem præscriptionem quoad actionem hypothecariam, ad debitorem hæredesque relatam, occurrere, *indirectam*, quæ extincta obligatione principali, per necessariam consequentiam, hypothecariam quoque tollat, quæque 30. annis absolvatur, nec hoc respectu quicquam mutasse *JUSTINIANUM*, & *directam*, quæ pignus & inde nascentem actionem seorsim perimat, hanc 40. annis esse circumscriptam, cum antea nullum tempus heic esset statutum *l. 7. C. de præscript. 30. vel. 40. ann.* Nam cum pignus dupliciter modo considerari queat, vel ut *accessio obligationis principalis*, vel ut *jus peculiare*, quod seorsim tolli queat, (obligatione enim principali sublata, pignus quidem subsistere nequit, ast hoc tolli potest, illa salva) hinc merito etiam duplex præscriptio, ejus intuitu, asseritur. *JUSTINIANUM* porro non de omni, sed directa saltem præscriptione agere, dum 40. annorum terminum constituit, ex eo probabile est, quod talis etiam præscriptio alio respectu quoad actionem hypothecariam occurrat, nam extraneo bona fide pignus possidente, longo tempore illa tollitur, actione principali salva. Sed ais, quid vero prodest directa illa & longior præscriptio, quando principalis actio breviori tempore extinguitur, ac per consequentiam accessoria quoque tollitur? Verum licet eo casu usum non habeat, utilis tamen est, si actionem principalem â præscriptione immunem, hypothecariam verò seorsim eidem sub-

jectam

jactam ſupponas. Pone te debitum, hypothecâ munitum, ante viginti annos ſolvere debuiſſe, perpetuo eo nomine, interpellatus es, adhuc elabuntur octodecim anni, deinde eo nomine agitur, hic actio principalis propter interpellationem ſalva eſt, hypothecaria vero, quæ per 38. annos præſcriptioni ſubfuit (neque enim crediderim, interpellationem, intuitu actionis principalis factam, ad hypothecariam etiam porrigi, hoc enim ut ſtatuamus, nulla cogit neceſſitas) adhuc durat, quia tempus, ejus durationi præfixum, nondum penitus eſt elapſum. Sic uſus præſcriptionis directæ ſatis liquet.

Observ. DCLX.

In jure retentionis) Cujus etiam hic eſt effectus, quod præſcriptionem ratione debiti principalis impediat, cum enim pignus non aliam ob cauſam retineatur, quam quia alter debet, hinc in retentione, perpetua eſt interpellatio, cum ſenſus ſit: rem tuam tibi non reddo eâque te frui haut patior, quia mihi debes. Ex quo liquet, hypothecæ aliam eſſe rationem, hæc enim cum principali obligatione perit, niſi interpellatio accedat, nihil enim hic creditor niſi jus habet, hinc ſi pro eo conſervando factum haut ſuſcipiat, lapſu temporis idem perimitur, aſt in pignore retentio eſt, quæ perpetuæ interpellationis vicem ſubit.

Observ. DCLXI.

Et poteſt Creditor pignus retinere etiam ob aliud debitum) Accuratè tamen loquendo, debiti hujus intuitu, nullum adeſt pignus, ſed rei, pro alio debito hactenus oppignoratæ, nuda retentio in ſubſidiū conceditur, cum debitor doloſè agere videatur, quando debito omni nondum ſoluto, rem ſuam repetere vult,

vult, nec adeò Creditori vitio verti queat, si viâ maximè compendiosâ utatur, ac rem debitoris, quam in sua potestate habet, tamdiu retineat, donec suum fuerit consecutus. Oritur igitur retentio non ex pignore, sed communi defensionis jure. Ex eo consequitur, (1.) quod quis in concursu Creditorum, contra creditores alios, jure illo retentionis uti nequeat, sed postquam debitum vi pignoris antiquioris consecutus est rem deinceps potioribus creditoribus relinquere, vel cum æqualibus partiri debeat (2.) quod retentio pignoris, quoad debita chirographaria, præscriptionem neutiquam impediat, cum his enim nullam habet connexionem, adeoque eorum intuitu rationem interpellationis habere nequit, nec obest quod tamen ob hæc debita retineri res oppignorata queat, hoc enim non virtute pignoris, sed ex jure defensionis fieri jam diximus, at præscriptionis impedimentum â pignore est, *vid.* BERGER *in resolut. h. qu. 3.* De cætero illi assertioni, quod pignus etiam ob chirographarium debitum retineri queat, non obest *l. 11. §. 3. de pign. action.* loquitur enim de exceptione, ubi scilicet Creditor juri retinendi tacite renunciaverat, cum enim utrumque debitum, *sortis* & *usurarum* sciret, & tamen in alterum saltem pignus acciperet, non immerito retentioni renunciasse censetur.

Tit. II.

IN QUIBUS CAUSIS PIGN. VEL HYPOTH. TAC. CONTR.

Observ. DCLXII.

P*ignus tacitum*) Totus hic titulus de lege positiva agit, licet enim æquitas nonnullarum personarum

cau-

caufam velut oret, ut ratione rerum fuarum fecuræ reddantur, attamen nifi legis pofitivæ provifio accederet, pignus aliquod haut haberent. In hac igitur materia juris Romani, poft leges tamen patrias, ufus omnino admittendus. An vero pignus hoc aut illo cafu conftitutum fit, tum quis legis fit fenfus, id juxta communia ratiocinandi & interpretandi principia inveftigari debet, nec folent quæftiones dubiæ hic penitus ceffare.

OBSERV. DCLXIII.

Pupillis - - - non etiam hæredibus) Doctrina hæc non adeò liquida eft, forte rectius ita dicitur. Jure ff. pupillis tantum competiit privilegium perfonale ante chirographarios *d. l. 19. §. 1. l. 42* Jure verò Codicis ii acceperunt tacitum pignus *l. 20. C. de admin. tutor.* hinc privilegium illud nullius amplius eft ufus, Pignus autem etiam hæredibus pupilli competit, ceu recte *CARPZOV. loc. cit.* cui adftipulatur *BRUNNEM. ad d. l 20.* quia regulariter jura realia funt transmiffibilia, nec *AUTOR* hic exceptionem probat per *d. l. 19. §. 1. l. 42.* cum de alio plane jure loquantur. Denique in cafu fpeciali, de quo *n. 2. h. t.* vid. *infr. de privileg. Creditor. n. II. 4.* habent pupilli cum hypotheca etiam privilegium prælationis, quod an tranfitorium dicere vel negare velis, parum referre videtur, cum dominium, quod eodem cafu electivè habent, in hæredes naturâ fuâ omnino tranfeat.

OBSERV. DCLXIV.

Uxori licet putativæ) In editione recentiori legitur: *veræ non etiam putativæ*, quæ correctio quoque in *tit. de Privileg. Credit. n. II. 2.* occurrit, fed forte præter mentem *AUTORIS*, aut certe fine urgente caufa,

ſa, illa ſunt emendata, nam in caſu *l. 22. §. fin. ſolut. matrim.* ut & *l. 57. §. 1. de rit. nupt.* ubi ſcilicet ex errore facti matrimonium injuſtum eſt initum, uxori etiam putativæ jura dotium omninò ſunt aſſerenda, utut, ſi ſcienter tale matrimonium contractum ſit, eadem negari queant.

OBSERV. DCLXV.

Pro dotis augmento a die incrementi) Si mulierem omnibus creditoribus, antiquiorem licet hypothecam expreſſam vel tacitam, habentibus præferri ſupponas, quæ videtur eſſe ſententia juris civilis *l. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. vid. CARPZ p. 1. C. 28. D. 65.* tum de tempore, â quo hypotheca incipiat, non valde laborandum erit, aſt ſi Creditores antiquiores, expreſſam hypothecam habentes, ei præferri ſtatuas, quod in Saxonia Electorali certum, aliàs verò ubique fere receptum eſt, teſte *CARPZOV. d. l.* tum tempus quoad hos eſſe attendendum, facilè liquet. De cætero expreſſe terminus ille quoad dotis incrementum, in *d. l. 19. C. de donat. ant. nupt.* verb. *jura etiam hypothecarum* ſtatutus eſt, hinc in paraphernalibus, ſi forte ſucceſſive marito afferantur, ut ſi uxor per ſucceſſionem ditior fiat, idem jus obſervandum videtur. Aliàs, ſepoſita illa diſpoſitione ſpeciali, probabile videri poterat, quod hypotheca mulieris a tempore contracti matrimonii, quoad omes præſtationes ei faciendas, incipiat, adeo ut licet rebus quibusdam nondum illatis, hypotheca nondum ſit, attamen illatione facta, non ab hoc ſed contractu potius matrimonii tempore, initium capiat. *vid. STRYK. in not. h. ad p. 406.*

OBSERV. DCLXVI.

Neque propter res in prædium ruſticum illatas) Nec ob-

obstat *l. 5. C. locat.* loquitur enim de pignore conventionali, licet aliter eam interpretetur **BRUNNEM.** *ibid.* nec. *l. 5. C. in quib. caus. pign. tac. contrah.* proponitur enim ibi saltem duplex pignoris conventionalis ineundi modus, uec *l. 7. §. 1. h. t.* nam vel de conventione expressa est accipienda, *vid.* **PERETZ** *ad C. in quib. caus. pign. tac. contrah. n. 7.* vel ad prædium urbanum referenda. Cæterum moribus nonnullorum locorum, etiam illata in prædium rusticum, tacitè pignori obligantur, ceu ex *MEV. p. 4. D. 127.* commonuit *Dn.* **STRYKb.**

TIT. III.

QUÆ RES PIGN. VEL HYPOTHEC. DAT. OBLIG. NON POSS.

OBSERV. DCLXVII.

P*Ignus regulariter constituitur in omnibus rebus*) Hac de re ex generalibus alienandi principiis ferè judicandum, hinc spectanda (1.) *potestas*, quæ tum adest, si quis tantum juris, quantum ad pignus alii concedendum requiritur, ac insuper libertatem de eo disponendi habeat, (2.) *voluntas*, hæc quoad pignus speciale non adeo obscura esse poterit, sed si generaliter res oppignorentur, censentur tamen exceptæ *res quotidiani usus* ac in *quas singularis cadit affectio*, plures tamen occurrere, ac in specie eo pertinere rem venditam, quæ sub generali hypotheca non contineatur, admonuit *Dn.* **BERGER** *in resolut. ad t. de A. E. V. qu. 4.* sed de hoc exemplo meam proposui sententiam *Observ. 569.* dubio procul autem ad istam classem referri

referri debent res, *in quibus finis pignoris, securitas scilicet & satisfactio creditoris, non adeo obtineri potest*, nam & has â generali hypotheca excipere par est, quorsum spectant multa servitutum exempla; de quibus mox paulo explicatius agemus.

OBSERV. DCLXVIII.

Corporalibus, incorporalibus) Hoc tamen non ita accipiendum, quasi duæ distinctæ pignoris sint species, quarum altera in re corporali, altera in incorporali consistat, sed dicendum potius; quod circa quodvis pignus aut hypothecam, res incorporalis & corporalis concurrat, ita scilicet ut illa pignus efficiat, hæc vero hujus juris sit objectum, nam quando ususfructus aut nomen oppignoratur, tum jus in creditorem suo modo transfertur; hinc res usufructuaria vel debita ei oppignorata est, perinde ac, ubi res propria oppignoratur, aliqua velut particula dominii in creditorem sub nomine pignoris transfertur, propter quod deinde res ad ipsum, pro crediti securitate, pertinet. Sed hæc in foro non adeo usum habent, ad penitiorem tamen cognitionem pertinent.

2. In specie observandum, quod nominum oppignoratio, quam vocant, nihil aliud sit, quàm cessio juris personalis, in securitatem creditori facta, ex quo consequitur, quod pignus hoc casu sit saltem *jus personale*, utut aliàs, si concedens jus reale habuerit, illud etiam tale sit, nam debitor plus juris in creditorem transferre non potuit, quam habuit ipse, hinc etiam personalitas pignoris ex effectu apparet, nec enim creditor â quovis possessore rem vindicat, ut in aliis casibus, sed debitum â debitore cesso exigit. In hoc porro Nominis pignore, non habet locum *bene-*

ficium excussionis, nisi utilis hypothecaria moveatur in nomen alii cessum, ceu loquitur *HUBERUS in posit. ad ff. de pignor. n. 15.* quæ omnia ex generalibus principiis dependent, ut nihil singulare hic subsit, quando enim contra debitorem cessum simpliciter agitur, is quidem exceptionem excussionis opponere nequit, quia nullum jus habet, sed saltem debet, nec ejus interest, utri solvat, hinc perinde excussionis exceptio locum hic non invenit, ac illa opponi nequit ab eo, qui rem debitoris, creditori oppignoratam, precariò vel ut depositam possidet. Quanda autem nomen oppignoratum, alii quoque cessum est, tum ob hujus jus, excussionis exceptio meritò locum habet, ne creditor, cum alterius injuria, exigat â debitore cesso, quod â principali consequi poterat, atque hoc pertinet ad eum casum, ubi post oppignorationem alii nomen est cessum, quamvis enim alias prior cessionarius posteriori præferatur, ceu docuit *AUTOR de H. & A. V. lit. C.* hic tamen in creditore id non procedit, ei enim per oppignorationem non absolute nomen cessum est, sed in subsidium saltem aut in illum eventum, si debitor principalis non solverit, quamdiu igitur de hoc nondum constat, cessionarius posterior creditori quoad debitum cessum præfertur. Quodsi cessio nominis ante oppignorationem alii jam sit facta, tum, creditor nihil omnino juris in eo deinceps consequitur, hinc cessionarius non beneficio Ordinis, sed simpliciter illum repellit.

3. De servitutibus an oppignorari queant, quæritur? Distinguendum est inter *personales & reales.* Ex illis ususfructus cum suo objecto oppignorari utique potest, ut, quamdiu usufructuarius vivit, & suo jure gau-

gaudet, omnes pignoris effectus adsint, hinc in specie pignus vendi potest, sed resoluto usufructu', nec pigneratio, nec pignoris venditio proprietario obest, quod male asseruit *NEGUZANTIUS* referente *ZOESIO ad ff. h. t. n. 8.* Usus autem & Habitatio saltem ad necessitatem pertinent, hinc jus rem alienam oppignorandi, non continent. *add. PERET. ad C. h. t. n. 11.* De servitutibus realibus varie sentiunt, quidam putant, circa hanc rem dissidere *l. 11. §. fin.* & *l. 12. de pignor.* quod tamen non est, cum prior de servitutibus *constitutis*, posterior de *constituendis* loquatur. Alii lubricum servitutum urbanarum & rusticarum discrimen sectantur, in illis pignus constitui posse negant, in his afferunt. Quidam denique neutras servitutes ipso jure, at commoditates earum ex benigna interpretatione oppignorari posse contendunt. *ZOES h. t. n. 10. PERET. ad C. h. t. n. 10.*

4. Sed de eo, an constitutio pignoris fiat ipso jure, vel ex benigna saltem permissione, hodie non valde laborandum videtur. Ce cætero manifestum est, quod ad constitutionem adæquatè intelligendam tres respectus sint distinguendi, vel enim quæritur (1.) an dominus de novo, pignoris causa servitutem in re sua alteri constituere, vel (2.) an is, qui servitutem constitutam habet, eam oppignorare, vel (3.) domino prædii servientis, pignoris nomine, remittere queat? Primum fieri potest, modo sit talis servitus, quæ sine incommodo positivo Creditoris desinere queat, qualis est, servitus itineris, actus, viæ, aquæductus, jus pascendi, imo etiam oneris ferendi, si onus temporarium ac sine incommodo tollendum supponas, nam aliàs

Creditor haut postulabit, ut sibi v. gr. ædificium alterius parieti, pignoris causa, imponere liceat, quod ipsi deinceps, maximo suo cum incommodo, tollendum sit. Servitus altius non tollendi, huc quoque referri potest, ut alteri, quamdiu debet pecuniam, altius tollere non liceat, nam & hoc Creditori utile esse potest. In tantum autem oppignoratio hic valet, ut etiam servitus, cessante solutione, vicino, cui scilicet utilitatem eandem præbere apta est, vendi queat, *l. 12. de pign.* Juxta secundum respectum, oppignoratio cessabit, nam cui servitus concessa est, is tantum jus habet, ex re aliena utilitatem percipiendi, major potestas ipsi non competit, hinc rem alienam pignori subjicere nequit, nisi consensus domini prædii servientis accedat, tum enim oppignoratio etiam ad effectum venditionis fieri potest, procedunt tamen illa omnia saltem inter vicinos, & quoad servitutes, quæ aliis quoque utiles sunt. Denique juxta respectum tertium oppignoratio etiam procedit, nam poterit servitus ad tempus remitti, quo debitor idemque prædii dominantis dominus, spe servitutis recuperandæ, eo promtius solvat, quamvis & hic servitus habilis v. gr. jus pascendi, viæ similisve, supponi debeat, de cætero ad effectum distractionis pignus hic non constitui, facile liquet, ejus tamen loco esse potest impetratio plenæ libertatis, adeo ut cessante solutione, servitus penitus exspiret, ac creditor idemque prædii servientis dominus, ab illo onere penitus liberetur.

Tit.

Tit. IV.

QUI POTIOR. IN PIGN. VEL HYPOTH. HABENTUR, ET DE HIS, QUI IN CREDITORUM LOCUM SUCCEDUNT.

Observ. DCLXIX.

IN *concursu Creditorum)* Illud naturale, ut is, qui potius jus habet, alteri in concursu Creditorum præferatur, prærogativa autem juris aliquando naturaliter acquiritur per consensum, aliquando ex lege positiva dependet, dum illa vel privilegium juri addit, vel modum contrahendi definit, id quod magis ex statutis locorum, quam jure Romano petendum est. *add. DECIS. SAXON. 58. 60. BERGER h. in resolut.*

Tit. V.

DE DISTRACT. PIGNOR. ET HYPOTHEC.

Observ. DCLXX.

RES *pignorata vendi à debitore*) Doctrina hæc non satis cohærere videtur. Tribuit enim *AUTOR* (1.) debitori facultatem alienandi, mox tamen (2.) cum alienatione furtum & stellionatum committere ait, quod generaliter acceptum priori contrarium est, si enim facultatem alienandi habet, alienatione delictum committere nequit. Denique (3.) subjicit limitationem, quando alienatio cesset, quæ uti alienationem regulariter licitam iterum arguit, ita ad assertionem, cui proxime subjicitur, non pertinet.

tinet. Clarior, nisi fallor, foret sensus, si ita legatur; *Res pignorata vendi potest à debitore -- -- salvo tamen jure pignoris -- -- etiam taciti -- -- limita, nisi pactum accesserit, de non alienando, nam contra hoc alienans debitor nihil agit 7. § fin. si etiam speciale pignus callide alienet, committit furtum ---, & stellionatum &c.* ut nimirum regula cum duplici limitatione adsit.

OBSERV. DCLXXI.

Hic si speciale pignus alienat, committit furtum) Hoc generaliter non esse accipiendum, modo admonuimus, nam ipse *AUTOR* facultatem vendendi pignus speciale, sub initium asserit, quæ etiam satis probatur ex *l. 12. C h. t. l. 7. §. fin. h t. Nov. 112. C. 1.* ut omnino fallatur *HUBERUS in posit. ad ff. de pignor. n. 11.* quando specialem hypothecam inhibere alienationem censet. Debet igitur doctrina *AUTORIS* accipi de casu speciali, callidæ scilicet alienationis, ubi debitor rem mobilem in incognitum, & non facilè conveniendum, fraudandi causa alienat, hoc enim facile colligas ex casu altero, qui in *d. l. 19. §. 5. & l. 66. de furt.* proponitur, qui enim rem Creditori traditam surripit *d. l. 19. §. 6.* ac surreptam etiam vendit, *d. l. 66.* ille dubio procul animum fraudandi habet ac furtum committit, igitur si eodem animo, rem mobilem, speciali pactione tantum obligatam, vendat, furti quoque reus est *d. l. 66.* Id autem facile liquet, non committi furtum *rei ipsius*, sed saltem *pignoris*, ac videtur illa Romana æstimatio pertinuisse ad actionem furti pœnalem dupli vel quadrupli, quæ cùm hodie usum non habeat, hinc crediderim, nec æstimationem illam in usu esse, sed factum debitoris, in generali doli nomine subsistere, ac arbitrarie puniri. Illi au-

autem fluctus in simpulo movent, qui inter *d. l. 66. de furt.* & *l. 3.* §. 1. *de crim. stellion.* pugnam esse arbitrantur, nam fur tum committitur ratione *Creditoris*, Stellionatus intuitu *Emtoris*, qui dissimulato pignore decipitur, prout diversus iste respectus in ipsis textibus indicatur. *add. l. 1.* §. *fin. de pign. action.*

OBSERV. DCLXXII.

Nam contra hoc alienans debitor nihil agit l. 7. §. *fin. h.*) De sensu hujus legis acriter disceptasse Bartolum & Baldum, adeò ut hic ideo fustigatus sit, ex Gomesio refert *EKHOLT add. ff. h.* §. *4.* Et alias notum est, quod multi dubitent, an rationi juris conveniat, ut pacto ejusmodi translatio dominii inhibeatur, *vid. STRUV. S. J. C. exercit. 26.* §. *38. in fin. HUBER in posit. ad ff. h. n.* 11. sed, si verum fateri licet, dubitatio nimis leguleja est, dum nescio quos conceptus de dominio ac traditione fovent, quid enim alias æquius est, quam ut conventio, jure reali stipata, ad tempus, ob justam causam, dominii translationem impediat, inprimis cum in domini arbitrio positum sit, facta solutione se ab hoc onere liberare? *add.* Observ. *59. 62.*

OBSERV. DCLXXIII.

A creditore, tanquam procuratore debitoris) Circa distractionem pignoris, quam creditor facit, tria spectari possunt; (1.) *distrahendi facultas*, hæc oritur vel ex *speciali pacto*, quo distractio permittitur, quo casu sine ulteriori interpellatione, ex rigore juris quæsiti, ad alienationem procedi potest, vel ex *natura conventionis pigneratitiæ*, utique enim, solutione non secuta, pignoris distrahendi facultas, creditori competere debet, quo suum tandem consequatur, opus tamen est ut debitor per interpellationem in mora consti-

quæ omnia sunt naturalia, & jure civili saltem confirmata *l. 4. de pign. action.* Quodsi intercesserit *pactum de pignore non alienando*, illud, ob contradictionem, naturaliter, quoad intentionem principalem, quoque est nullum, quia tamen distractionem quodammodo difficiliorem reddit, hinc, ex præscripto juris civilis, trina denunciatio requiritur, *d. l. 4. de pign. act.* (2.) *Modus*, est ille vel *internus*, debet distractio fieri, bona fide, sine læsione debitoris, quod naturaliter etiam requiritur, vel *externus*, & hic vel *privatus*, ad quem testes necessarii videntur, ut facta distractio eò magis possit probari, vel *publicus*, quem leges positivæ definiunt *lit. E. in fin. h.* (3.) *effectus distractionis legitime aut illegitimè peractæ*, qui explicatur *d. lit. E.* quæ omnia iterum naturalia sunt, cum enim voluntate debitoris, distractio legitima fiat, ideò hic, in casum evictionis, naturaliter ad eam præstandam tenetur. Porrò si distractio sit illigitima, ob *defectum facultatis*, palam est, dominium debitoris manere salvum, adeoque ei competere vindicationem, ob *defectum* autem *modi* vel *bonæ fidei*; tertius inquietari nequit, cum voluntate debitoris rem acceperit, sed læsus debitor, à creditore lædente, interesse petere debet.

Observ. DCLXXIV.

Est post hanc denunciationem biennium est expectandu) Hæc sententia utique satis probabilis videtur per *d. l. fin.* § *1.* licet enim dissentientes eam, non ad pignoris distractionem, sed dominii impetrationem pertinere contendant, attamen probabilius videtur, quod Imperator, antequam modum impetrandi dominii traderet, in *d.* §. *1.* velut præluserit, ac modum distrahendi, quoad casum cessantis conventionis, etiam

iam determinaverit. *vid. FIBIG. Colleg. legal. disp. 9. qu. 10.* Posita vero hac sententia, utique etiam eo casu, quo convenit, ne pignus distraheretur, post tertiam denunciationem, biennium erit expectandum, secus ac præcipit *AUTOR*, licet enim iste casus in *d. l. fin.* § *1.* non exprimatur, attamen ratio jubet, ut hanc ad illum quoque extendamus, ne aliàs sequatur absurdum, ut scilicet distractio magis expedita sit, ubi pactum de non distrahendo accessit, quam ubi nullum interpositum est, cum tamen vel ex mente *l. 4. de pign. action.* tale pactum distractionem debeat reddere difficiliorem, De cætero certum est, quod *d. l. fin.* creditoribus sit satis molesta, hinc optimum fuerit, quoad pignora, distractionem specialiter pacisci, hypothecas verò quod attinet, cum eas possideat debitor, nec iis sine lite abscedat, hinc eo modo distrahendæ erunt, qui circa executiones aliàs obtinet. *vid. CARPZ. p. 1. C. 28. D. 136.*

TIT. VI.

QUIBUS MODIS PIGNUS VEL HYPOTHECA SOLVITUR.

OBSERV. DCLXXV.

Solvitur pignus) Sicut alia jura consensu constituta, contrario consensu tolluntur, ita quoque pignus, quod hic ostenditur, omnium enim modorum ultima ratio est defectus consensus, hinc tota hæc tractatio naturalis est, in explicanda tamen voluntate, lex positiva nonnullas habet partes, sicut etiam discrimen facit inter *solvi ipso jure* & *ope exceptionis*, quod tamen nullius usus hodie est.

OBSERV. DCLXXVI.

Consentiendo --- in pignoris alienationem vel ulteriorem oppignorationem) Quæstio voluntatis est; Et ex *consensu quidem in alienationem*, non immerito remissio pignoris colligitur, cum enim emtor rem liberam emere velit, hinc creditor in emtionem consentiendo, jus suum omninò remisit. Ex sola vero *scientia* & *silentio*, remissio non recte infertur, tacuit enim Creditor, quia se tutum esse intelligebat, aliquando tamen sola scientia sufficit, ut in *l. 1. 6. 8. C. de remiss. pign. l. 5. C. ad SCtum Vellej. vid. ZOES. h. n. 9. seqq.* qua in re multum tribuendum interpretationi legis positivæ. Quod verò *consensum in ulteriorem oppignorationem* attinet, in ejus vi explicanda non adeo consentiunt interpredes, quidam enim censent, quod consentiens pignus non plane remittere, sed alteri saltem postponi velit, *vid. ZOES. h. n. 12. 13.* alii verò remissionem ex illo consensu colligunt, quod etiam defendit *Dn. BERGER in resolut. h.* Cæterum sicut voluntas hominum non semper est eadem, ita quæstiones voluntatis, eandem ac perpetuam definitionem non semper admittunt, hinc etiam in præsenti casu variari posse, vel ex *l. 12. §. 4. qui pot. in pign.* constat. Quamobrem, salvo aliorum judicio, distinguendum putem, utrum *pignus pluribus sufficiat, nec ne.* Primo casu consentientem in ulteriorem oppignorationem, neque pignus neque prærogativam ordinis amittere arbitror, nulla enim cogit necessitas, ut ad talem interpretationem, affectui humano contrariam, delabamur, cum consensus eo potius pertinuerit, ut bonâ Creditoris cum gratiâ, res alteri quoque sit oppignorata, quod si vero ex circumstantiis animus

mus remittendi pignus appare .t,tum remissio recte adstruetur. Secundo autem casu consensus remissionem infert, quando enim omnibus pignus non sufficit, utique consentiens suo jure cessisse dicendus est. Videtur tamen ille consensus saltem remissionem inferre quoad Creditores, non debitorem, hinc si hic illos quæsita pecunia dimiserit ac pignus liberaverit, tum olim consentienti hoc in dubio adhuc tenebitur, nam animus donandi non temere præsumitur. Atque cum hac doctrina textus juris Romani, per quos vulgo aliter sentiunt ac consensum in ulteriorem oppignorationem, large nimis explicant, facile conciliari possunt. *L. 12. h. t.* de casu posteriore, ubi pignus omnibus non sufficit, commode accipi potest. Idem dicendum quoad *l. 9.* §. *1. eod.* quamvis ibi peculiaris etiam circumstantia occurrat, nimirum Creditor in ulteriorem oppignorationem consentiens, subscripserat instrumento cautionis cum posteriore Creditore facto, in quo caverat debitor, *fundum nulli alii* (quam secundo Creditori) *esse obligatum*, talis igitur consensus remissionem utique infert. *L. 12.* §. *4. qui potior. in pign.* non obscure quoque casum pignoris utrique non sufficientis, præsupponit, dum quærit an dimisso secundo, pignus primo rursus teneatur, quodsi hanc conjecturam non sufficere existimes, nihil vetat, quominus ob rationes antea datas illud etiam hic supponamus, de cætero ibi JCtus existimat, esse quæstionem voluntatis, an pignus primo rursus teneatur, quod uti recte asseritur, ita nulla additur decisio, in dubio quæstionem esse affirmandam, paulo ante dixi.

LIB.

LIB. XXI. TIT. I.
DE ÆDIL. EDICT. ET REDHIBIT. ET QUANT. MINOR.

OBSERV. DCLXXVII.

Hujus tituli duæ sunt partes) Ædiles in Edictio suo, quo de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus aliquid edixerunt, nihil fere aliud, quam communia juris naturalis decreta proponunt, summa enim eò redit: Contrahendes debere à læsione abstinere, damnum voluntarium invito illatum resarcie, ac fidem servare *lit. O.n. 1. 2. 3.* contra officium negligentes & contumaces, auxilia & actiones promiserunt, ut lædens rem vitiosam vel recipere, vel pretium ex parte reddere debeat, verbis: *rescindunt*, quæ adeò actiones naturales sunt, si hæc excipias (1.) quod actio redhibitoria magis sit data, quam nata *lit. C.* hoc enim vanum commentum est, quo nec Jurisprudentia, nec negotia humana indigent, (2.) quod eadem actio detur in duplum ob contumaciam *lit. O.* quæ dispositio positiva nunquam est recepta, (3.) quod certo tempore, utraque actio extinguatur, quod hodie usum habet.

OBSERV. DCLXXVIII.

Latens, quod ex inspectione cognosci non potest) Requisita, quæ hic inculcantur, eo pertinent, ut constet, an quis revera, alterius voluntate, invitus læsus sit. *conf. STRYK in not. b.* cum autem harum rerum æstimatio nonnunquam dubia sit, ideo lex positiva certius subinde illa definit. Sic jure Saxonico emtor equi, læsus saltem censetur, eoque nomine Venditorem

jem habet obstrictum, si (1.) equus sit retrogadus, wenn stetig, (2) latente cœcitate laboret, staarblind, vel (3.) scabiosus sit, haarschlechtig ist, ita vulgo *vid. CARPZ. d. p. 2. C. 34. D. 17.* sed ultimum ex falsa interpretatione exortum, cum in *Weichbild. art. 97.* non legatur haarschlechtig, sed hartschlegig, adeoque equus pituitosus dubio procul intelligatur, & quis credat scabiem inter vitia equi capitalia referri, cum vel maxime omnium oculis illa sit exposita?

Observ. DCLXXIX.

Concurrit cum redhibitoria elective) Circa quod duo observanda, (1.) actionem æstimatoriam nonnunquam etiam continere redhibitionem *d. l. 25. §. 1. de except. rei jud.* (2.) ob diversa vitia sæpius posse agi æstimatoria *l. 48. §. 7. h. t.* ubi per *redhibitoriam*, actio *æstimatoria* intelligi debet, cum enim hæc nonnunquam ad ipsam redhibitionem fuerit extensa, non absurdum erit si dicas, eam redhibitoriæ nomine quandoque venisse. Non autem (3.) successive locus est his actionibus, ut nempe post æstimatoriam, redhibitoria quoque moveatur, licet nonnullis ita videatur ex *l. 43. §. 6. h. t.* vid. *EKHOLT ad ff. h. n. 9. HUBER in posit. ad ff. h. n. 15.* nam neutiquam *d. l. 43. §. 6.* docetur, quasi post æstimatoriam, redhibitoria quoque institui queat, sed potius, quod instituta æstimatoria, si, currente processu, vitium rei magis appareat, redhibitio possit obtineri, perinde sicut se res habet in *l. 25. §. 1. de except. rei jud.* breviter: non *actionum successio*, sed *æstimatoriæ in redhibitoriam degeneratio* ibi asseritur, hoc enim facile colligas ex verbis: *aliquando mancipium redhiberi debebit, licet æstimatoria* i. e. *quanti minoris agamus*; hic enim satis innuitur

tur, quod de peculiari æstimatoriæ effectu saltem sermo sit, item: *licet æstimatoria actum fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio, pretium recipiatur*, nimirum dubitari poterat, an institutâ æstimatoriâ, ad hanc condemnationem devenire possit judex, sed usu fori sententia affirmans obtinuit, alioquin, si, juxta sententiam contrariam, post æstimatoriam, redhibitoriâ agatur, redhibitio non *officio judicis*, sed *jure actionis* obtinebitur. An vero post redhibitoriam inutiliter institutam (nam si finem suum illa obtinuerit, negativa est evidens) æstimatoria adhuc locum inveniet? ita putant nonnulli ex *l. 31. h. t. vid. STRYK in not. h.* sed videtur etiam ibi id saltem dici, quod redhibitoria nonnunquam in æstimatoriam degeneret. Id addo, successioni actionum, si admitteretur, plerumque tamen obstituram esse præscriptionem.

OBSERV. DCLXXX.

Quando agitur ex contractu) Supersunt duæ quæstiones (1.) *an actiones ædilitiæ ab actionibus, ex contractu descendentibus, differant?* Vulgo hoc asseritur, nec desunt differentiæ, quæ actiones illas discernant, *vid. HUBER. d. l. n. 10. seqq. EKHOLT d. l.* sed sunt discrimina verbalia & accidentalia, quibus unam eandemque actionem â se ipsa facilè distinguas. Ego puto ædilitias actiones esse ipsas actiones ex contractu, quatenus hæ ad emendationem læsionis, etiam levioris tendunt. Ædiles vero, ob favorem commerciorum, durationem earum breviori tempore circumscripsisse, ac pœnam dupli, certo casu adjecisse, atque hinc enatum esse novum nomen actionum ædilitiarum. Ex quibus, in tanto nominum formularumque fo-

forensium strepitu, facile novæ actiones effingi potuerunt ab iis, quibus quasvis captare minutias solenne est. Videntur tamen etiam in foro Romano tandem agnovisse, quod non diversæ res sed nomina saltem heic subsint. *l. 19. §. 2. l. 51. h. t.* Hodie dubio caret, quod perinde sit, sive actiones velis dicere ædilitias, sive v. gr. emti venditi, quod etiam admonuit *HUBER d. l.* hinc etiam illa sollicitudo, cujus hic *AUTOR* meminit, quaque actionem, qua emtor, re reddita, pretium repetat, *in factum* dixere, hodie supervacua est. (2.) *an actiones ædilitiæ per l. 2. C. de resc. vend. sint sublatæ?* De quo dixi *Observ. 340. 570.* alii aliter. *vid. STRYK in not. b.*

OBSERV. DCLXXXI.

Altero Edicti capite cautum) In hoc etiam capite naturale præceptum, quod læsionem prohibet ac damnum restitui jubet, proposuêre Ædiles intuitu certi objecti, ac simul pœnam aliquam constituerunt in secus facientes, quam tamen haut receptam putem, tum quia in genere pœnæ pecuniariæ dupli similesve, ad commodum læsi pertinentes, in foro non observantur, tum quia in specie pœna, quæ quoad hominem liberum occisum hic obtinet, rudior videtur, quam ut recipi queat, cum rationi sit consentaneum, culpam heic ante omnia excutere, ac dein pro ratione ejus pœnam definire.

TIT. II.
DE EVICTIONIBUS ET DUPLÆ STIPULATIONE.

OBSERV. DCLXXXII.

E*victio*) Evictionis *natura* & *moralitas* ex communibus principiis intelligitur, & nihil fere hic Roma-

Romanis, quam confirmationem, debemus, ſicut enim alius ex jure meliori rem evincit, ita is, â quo rem alter accepit, vel ex natura negotii vel ſpeciali pacto evictionem præſtare tenetur, quæ omnia naturalia eſſe, facilè liquet.

OBSERV. DCLXXXIII.

Vel neceſſaria, quæ ex juris neceſſitate præſtatur) Neceſſitas præſtandæ evictionis, quæ ex jure Romano eſt, hodie ceſſat, hinc omnis illa res arbitrio contrahentium definitur, & ſolent quidem varias laudare cautelas, quibus ſibi emtor quam optime in caſum evictionis proſpicere queat, dum nimirum duplum nec non defenſionem ſuis ſumtibus faciendam, â venditore ſibi promitti, ac hypothecam omnium bonorum judicialiter quoque confirmatam, evictionis nomine, conſtitui, curare debeat. Verum non tantum conſiderandum eſt, quid emtori heic utile ſit, ſed &, quid venditor ſit admiſſurus; quando igitur emtor rem quærit, venditor in tam moleſtas ſibi conditiones non facilè conſentiet, hinc fere nulla alia cautio in uſu eſſe ſolet, quam ut emtor, imminente evictionis periculo, pretium vel partem tamdiu retineat, donec ſecurus hoc nomine reddatur, de quo CARPZOV. d. p. 2. C. 34. D. 30. ſeqq.

OBSERV. DCLXXXIV.

Ex natura negotiorum oneroſorum) Natura hæc, neceſſitatem præſtandæ evictionis, facilè inſinuat, in his enim negotiis uterque contrahentium aliquid dat ſub conditione, ut tantundem alter non tantum det, ſed & accipiens illud cum effectu habere queat, quodſi igitur alius ex meliore jure rem evincat, tum quia alter contrahens obligationi ſuæ non ſatisfecit,

ad

ad evictionem tenetur, seu æquipollens præstare cogitur. Diversa ratio est negotiorum vere lucrativorum, in illis enim donans rem dat, quo jure quaque conditione illam habuit, quodsi igitur accipiens eam retinere queat, habet de quo sibi gratuletur, sin secus, affectum magis donantis, quam effectum æstimabit, hinc evictio in his negotiis cessat, nisi specialiter promissa, aut dolus intervenerit, aut negotia illa ad onerosa excedant, aut acceptor liberalitatis alienæ, eam non ex voluntate donantis impleverit, que exempla mox *AUTOR* recenset.

OBSERV. DCLXXXV.

Nec valet pactum in contrarium lit. C. n. 1.) Ego illud validum puto, cur enim (1.) juri petendi evictionem quis juxta communia principia, renunciare non posset? Si spem emere, aut evictione secuta, eo nomine nihil petere â Venditore licet, cur non ab initio, donandi animo, evictionis præstatio remitti posset, sane nihil est, quod conventionem hanc improbet, neque enim pro dolose elicita haberi potest, cum nihil sit, quod emtorem ad faciendam renunciationem alliciat, neque turpis eo nomine dicenda est, quod respiciat rem alienam, nam conditio rei potest contrahentes latere, & ab his in illum eventũ pactum iniri, si præter intentionem, res aliena esse appareat, deinde scientia rei alienæ, non statim involvit delictum, de quo mox iterum, denique si etiam hoc des, attamen in hac conventionis parte, nulla turpitudo erit, cum respiciat casum, ubi dominus suum evicit ac de præstationibus contrahentes respicientibus saltem quæstio est (2.) tacitè potest evictionis præstatio remitti, ergo etiam expresse, hoc

ſane tamdiu dicendum, donec contrarium probatum; Prius autem patet ex re aliena ſcienter emta, ubi ſcientia tacidam remiſſionem involvit *l. 27. C. de evict. l. 7. C. commun. utriusque judic.* licet *AUTOR* aliter iſtos textus accipiat, cui tamen mox reſpondebimus. Exemplum aliud, ab ipſo *AUTORE n. 8.* tacitè admiſſum, eſt in re transactionis cauſa dimiſſa, hæc ſi evincatur, evictio non præſtatur non aliam ob cauſam, quam quod in hoc conſenſum ſit. Hinc (3.) ipſe *AUTOR ad tit. de A. E. V. lit. O. n. 3. 1.* admittit talem conventionem in verbis: *niſi dixerit: fundum vendo, quo jure quaque conditione eſt, vel proteſtatus ſit, ſi opus inopinatum emerſerit, ſe nolle teneri.* Denique (4.) non obſtat *l. 11. §. fin. de A. E. V.* per quam hic diſſentit *AUTOR*, nam primò ICtorum nulla eſt hac in parte autoritas, ſi in applicatione juris conſtituti falluntur, libere refelli poſſunt. *vid.* Obſerv. *655.* Sed non opus eſt ut jam eo deveniamus, nam ſecundo non tam ibi *ICtus* aliquid definit, quam potius in utramque partem, quæſtionem motam, probabiliter diſputat, ſed fac, illum aliquid decidiſſe, hoc ſaltem contendit, pactum de evictione non præſtanda, admittere quæſtionem voluntatis, cum enim ſub evictionis nomine & *pretium* & *utilitas*, ſeu id *quod intereſt*, aut *duplum vel ſimilis ſumma* contineatur, ac in foro Romano, ultimus ſignificatus valde uſitatus eſſet, hinc putat amplius, hunc ultimum famoſiorem ſenſum in dubio poſſe ſupponi, adeo ut non obſtante pacto, pretium tamen emtori ſit præſtandum, modo dolus abfuerit, nam hic omne pactum elidit. Quodſi igitur de largiori voluntate paciſcentium conſtet, tum ne quidem pretium emtori erit reſtituendum, quod etiam diſerte do-

docet *CARPZOV. d. p. 2. C. 34. D. 22. n. 6. 7.* quem adeo *AUTOR* in partes frustra vocavit.

OBSERV. DCLXXXVI.

Vel emtor sciverit rem esse alienam, nam tum fuit in mala fide) Falsa est illa ratio aut certe non universalis, *AUTOR* vero illâ uti debuit ob falsum præsuppositum, quasi conventio de evictione non præstanda non valeat, quod modo explosimus. Vera igitur ratio dependet à pacto tacito, ideo scilicet, qui rem alienam scienter emit, evictionem petere nequit, quia eam tacite remisit, quod etiam in *d. l. 27. C. h. t. & l. 7. C. comm. utri judic.* satis innuitur. Et quis concederet, scientiam, qua quis fundum alienum vel oppignoratum comparat, quales casus in *d. ll.* supponuntur, involvere malam fidem & delictum, adeò ut ab hoc ratio negatæ evictionis præstationis dependeat? *add. l. 1. §. 1. in fin. de A. E. V.* supra *AUTOR. ad d. tit. lit. O. n. 3. 1.* De cætero certum est, quod non quævis scientia consensum involvat, hinc si quis emat rem, sub conditione alteri legatam, ac postea, existente conditione, legatarius rem vindicet, emtor, non obstante scientia, pretium datum repetit, nam res dubie erat aliena, hinc censetur emisse sub spe conditionis non implendæ, adeoque hac, præter spem, impletâ jus repetendi pretium sibi reservasse, quorsum pertinet obstans *l. f. §. f. C. comm. de legat.*

OBSERV. DCLXXXVII.

In translatione ubi aliquid datum) Secus si transactionis causa, res controversa saltem sit dimissa. Ratio autem disparitatis non ea est, quam reddit *CARPZ. p. 1. C. 3. D. 26.* quod *impossibile sit aliquid evinci, uti nihil datum vel translatum sit*, cum in ipsa etiam di-

missione, aliqua datio sit, sed hæc potius quod rei datæ conditio, non adeò sit nota accipienti, hinc â lite non aliter censetur discedere, quam si rem datam cum effectu ei habere liceat, re igitur evicta, evictio præstanda erit. Si verò â lite discedat, modo alter, acceptâ v. gr. pecunia, rem dimittat ac ipsi relinquat, tum nihil ratione rei dimissæ, utpote sibi satis notæ, exegisse videtur, quare evictio præstanda non erit.

Observ. DCLXXXVIII.

Aut si individuum legatum, quod scivit testator obligatum esse) Hæres liberalitatem defuncti hoc casu non rectè exequi videtur, nisi rem legatam liberam præstet, hinc illâ, ex causâ pignoris evictâ, ad evictionem tenetur. Cæterum de hac voluntatis interpretatione, juxta communia ratiocinandi principia, omnino dubitari poterat, nam si testator sciens rem oppignoratam legat, censetur eam cum illo onere dedisse, hinc hæres nuda præstatione defungi posse videtur, ast si onus ignoret, tum eam ut liberam legasse, adeoque hæredi onus luendi injunxisse videri poterat, hinc ipse etiam JCtus in *d. l. 57. de Legat. 1.* in determinanda voluntate, circumstantias alias considerare jubet, interim tamen in dubio, illa legis civilis interpretatio, sequenda forte erit.

Observ. DCLXXXIX.

Requiritur igitur lit. R.) Generaliter dicendo, *tum quis ad evictionem obligatur, quando jus promissum in alterum non transtulit*, hoc autem factum non esse, colligitur ex iis, quæ traduntur *lit. R. n. 1. 2. 3.* Quodsi per malitiam judicis, vel culpa possessoris res evicta sit, evictio non præstanda, quia contrahens suæ obligationi satisfecit ac jus transtulit, quod alter deinceps

ceps amisit. Ex quibus autem culpa possessoris colligenda sit, *AUTOR* indicat *lit. d. n. 1, 2, 3.* ubi tamen, quæ de necessitate denunciandi dicuntur, *n.* 1. non adeò absolutè sunt accipienda, ut omissa denunciatione, evictionis præstatio simpliciter cesset, quod rigidiores nonnulli volunt. *vid. HUBER in posit. h. n. 12.* nam non est alius denunciationis scopus, quam ut eo medio Autori suppeditetur occasio jura sua deducendi, ac is certus reddatur, fore ut totus processus legitimè peragatur, quodsi itaque ille vel nullum jus habuerit, vel docere nequeat, quod circa processum plus præstare potuerit, non apparet, cur, omissa licet denunciatione, regressus contra eum non sit concedendus, *vid. CARPZ. p. 1. C. 3. D. 23.* interim semper tutius est denunciationem facere. *add. BERGER in resolut. h. qu. 2.*

OBSERV. DCXC.

Exceptio est in legatis l. 29. §. 3, de Legat. 3.) Sed nulla solida exceptionis ratio afferri potest, nam quod hæres ad transferendum rei in genere legatæ dominium obligetur, ex eo nihil, quod huc faciat, elici potest, nam nihil amplius ab eo exigitur, quam ut præsumtive dominium transferat, perinde ut venditor illud transferre solet, deinde fac heredem præcise dominium transferre debere, attamen nullum ejus subest præjudicium, licet post litem contestatam fiat denunciatio, modo adhuc integra sit defensio. Malim igitur dicere, quod nulla exceptio sit in legatis, nec obstet *l. 29. §. 3. de Legat. 3.* nam observandum, quod JCtus ibidem opponat tempus *accipiendi judicii* tempori *rei actualiter jam evictæ*, adeo ut, vi oppositionis hujus, hic emergat sensus, denunciationem ita esse

esse faciendam ante litem contestatam, ut non differatur post tempus rei evictæ, ex qua doctrina comparante, absoluta, ante judicium acceptum denunciandi, necessitas non sequitur. Videtur autem JCtus temporis judicii accipiendi ideò meminisse, quod probabiliter litigaturi, antequam solenni pacto, juxta morem antiquum, litem contestarentur, plerumque denunciationem fecerint. Quodsi ista non placeant, hodie tamen ista *l. 29. §. 3.* dispositio, ut pote antiquam litis contestationem respiciens, usum non habebit. *add. ORD. PROC. SAXON. tit. 14.* §. 1.

Observ. DCXCI.

Hæ actiones regulariter perpetuæ sunt, nec directo longissimo tempore præscribuntur) Nihil hic singulare subest, quamdiu res non evincitur, tamdiu actio ad evictionem præstandam non nascitur, hinc actioni nondum natæ, juxta communia principia, præscribi nequit. Sed pone rem esse evictam, ac ab hoc tempore 30. annos elapsos, tum actio utique præscriptione erit extincta *vid. STRYK in not. b.*

Tit. III.

DE EXCEPTIONE REI VENDITÆ ET TRADITÆ.

Observ. DCXCII.

H*Æc exceptio*) Ad translationem dominii requiritur in transferente & *voluntas transferendi*, & *jus transferendum*, ut autem utrumque *eodem tempore* adsit, præcise opus non est. Hinc si venditor olim consensum declaraverit remque tradiderit, postea verò dominium demum consequatur, hæc recte conjungi

gi possunt, adeo ut translatio valida sit, & impudens venditor, rem repetiturus, exceptione repelli queat. Imo cum is rem cum effectu transferre promiserit, adeoque de evictione teneatur, si tertius eam auferat, hinc multo magis, si ipse eam evincere velit, exceptione repelli poterit, hinc invaluit regula: *quem de evictione tenet actio, eum agentem multo magis repellit exceptio l. 17. de evict.* Ubi tamen observandum, quod illa saltem procedat in eo, qui utroque respectu se obligavit, nimirum in Autore & ejus fidejussore, uterque enim promittit (1.) se rem nolle auferre, & si tertius hoc faciat, se velle (2) evictionem præstare. Quodsi moriantur, tum hæres utriusque obligationem illam recipit, hinc nec ex persona defuncti rem auferre potest, &, tertio eum evincente, de evictione tenetur *l. 11. C. de evict.* Ast si hæres ex suo jure & persona rem auferre velit, hoc omnino facere potest, dummodo deinde evictionem præstet *l. fin. C. de evict.* nam ne tertius rem auferret, defunctus nec promisit, nec promittere potuit, sed saltem, in illum eventum, evictionis præstationem pollicitus est, hinc hæres hanc obligationem suscipere potuit salvo jure, quod ceu tertius, habuit. Ex quo etiam liquet diversitas à casu *l. 41. de pign. action.* nam in eo defunctus pure promiserat, pignus creditori relictum iri, hinc dominus succedens, hoc factum præcise servare tenebatur, *PAULO* licet dissentiente, *vid.* Observ. 655.

LIB. XXII. TIT. I.

DE USURIS ET FRUCTIBUS ET CAUSIS ET OMNIBUS ACCESSIONIBUS ET MORA.

OBSERV. DCXCIII.

USura) Usuram ex rationibus œconomicis intergentes invaluisse, adeoque ejus indolem, sine adminiculo juris Romani, intelligi posse, facile liquet. Illud etiam præcise necessarium non est, ut usura sit ejusdem generis, cum sorte, licet utplurimum ita servari soleat, quemadmodum plerumque pecunia numerata, usuræ nomine venit. De tota autem hac materia legi meretur *GERHARDI NOODT Tract.* de usur & fœn. *qui Lugd. Batav. 1698.* prodiit.

OBSERV. DCXCIV.

Dividuntur â sive) Nonnulli hanc distinctionem rejiciunt, quia punitoriæ & compensatoriæ coincidant, lucratoriæ verò moraliter turpes sint, hic vero usura, ut indifferens, spectetur, *vid. STRAUCH. exerc. 18. § 13. ibique Thomas.* Ego non improbo distinctionem, eamque cum altera sic conjungendam arbitror; usuræ sunt vel *Lucratoriæ seu mordentes*, vel *compensatoriæ & non mordentes*; hæ sunt vel *compensatoriæ in specie*, quæ citra considerationem moræ, in utilitatis exhibitæ compensationem, vel *punitoriæ*, quæ ob moram exiguntur. Ex quibus prima dissentientium ratio concidit, nec altera valde urget; nam usura etiam illicita, sub generali usura conceptu utique comprehenditur, cum moralitas â natura usurarum sit distincta.

OB-

OBSERV. DCXCIV.

Jus naturale eas permittit, dum observat in contractibus proportionem arithmeticam lit. C.) Posthæc præcipua quæstio est, de *moralitate* usurarum, quæ juxta leges divinas & humanas expendi potest. Et quidem (1.) de *lege naturali* quæritur, an usuras permittat? quod *AUTOR* recte quidem asserit, sed ratio addita, ex lacunis pauperrimæ philosophiæ peripateticæ desumta est. Rectius dixeris, jure naturali æquilibrium amoris proprii & proximi sancitum esse, eodemque studium socialitatis esse reciprocum, hinc haut illicitum putari posse, si quis ita proximo inserviat, ut sui ipsius simul habeat rationem, quodsi tamen humanitas exigat, ut pauperi proximo liberalius succurramus, tum usura etiam erit illicita; deinde (2.) de *jure divino revelato*; hoc usuras prohibere videtur, sed id particulare & forense esse, admonet *AUTOR*, quod uberius declarat *PUFENDORF de J.N & G. l.5. c. 7. §.9.* tribus præcipue rationibus, â *genio populi judaici, forma Reipublicæ* ac *temporum istorum conditione* desumtis. Quamvis etiam dici queat, non tam novi quid in f. Scriptura proponi, quam temperamentum potius, quod jus naturale suggerit, ibi confirmari, quod & ipsum *AUTOR* hic submonuit (3.) de *legibus humanis*, hæ usuras utique permittunt, licet sententia juris Canonici non adeo liquida sit *vid. c. 11. Dist. 88.* de quo tamen hodie parum laborandum.

OBSERV. DCXCV.

Debentur usuræ) Sicut aliæ res licitæ nonnunquam in necessarias vertuntur, ita etiam ad usuras solvendas quandoque obligamur, quæ obligatio ex triplici fonte resultat, ut *AUTOR* docet; (1.) ex *conventione*, ubi

quidem diſcrimina, quæ introduxerat lex Romana, penitus hodie ceſſant; (2.) ob *moram*, ſi alter, nobis invitis, pecunia nobis debita utatur, aut eam ſaltem retineat, nec in hoc capite, diſcrimen Romanum contractuum bonæ fidei & ſtricti juris, obſervatur; *vid.* Obſerv. *312. add. BERGER b. qu. 1.* (3.) ob *utilitatem* quam alter ex re noſtra ſentit, licet conventio aut mora abſit *vid.* Obſerv. *579. BERGER d. qu. 1.* Ex quibus liquet, quod hac in parte ſimplici jure naturali utamur.

Observ. DCXCVI.

Adeo ut in tempus ſtipulatæ, perpetuo debeantur) Hoc generale non eſt, ſed pertinet ad certum caſum, ubi nimirum debitor promiſerat, ſe ſortem v. gr. poſt biennium eſſe ſoluturum, creditorque usque ad illud tempus uſuras ſtipulatus erat, tum enim ſorte poſt biennium non ſoluta, uſuræ etiam ultra illud debentur, neque enim tempus *reſtrictionis*, ſed *explicationis* cauſa adjicitur, ut ſenſus conventionis ſit, *tamdiu præſtabis uſuras, quamdiu ſortem non ſolveris.* Quodſi vero v. gr. ad decennium pecunia credatur, & biennii ſaltem uſuræ conventione exigantur, tum ultra tempus pacto determinatum, nihil debebitur.

Observ. DCXCVII.

Ratione qualitatis lit. O.) De qualitate uſurarum non valde laborandum eſt, quia nihil leges hic definiunt, ſed id omne â paciſcentium voluntate dependet, ſed quantitatem, multiplicationem & durationem determinarunt leges poſitivæ, quo avaritiæ & inhumanitati modum ponerent, addita in transgreſſores pœna, circa quod caput *STRYK in not.* & *BERGER b. qu. 1. 2.* pluscula annotarunt, hactenus itaque juris

juris Romani aliquis est usus, sed subsidiarius saltem, & non raro leges provinciales ac statutariæ ab eodem abeunt. *conf. DECIS. SAXON. 29. 30.*

Observ. DCXCVIII.

Licet novatio eatenus facta sit) Sed hoc ineptum videtur, quid enim interest, sive usuras, facta novatione, sorti adjungas, sive exactas, sub nova obligatione, debitori concedas? hoc autem licet, ergo nec illud illicitum censeri poterit, aut si hoc putes, facile tamen illa sanctio eludetur! Dicendum erit, ratione summæ, non adeo magnæ, non facile novam & peculiarem obligationem contrahi, sed facilius illam, obligationi jam contractæ, mediante novatione, addi, hinc hoc hactenus recte prohiberi.

Observ. DCXCIX.

Nudo pacto promissa regulariter tantum retineri possunt) Si quis ultro usuras debitas non solverit, in foro civili actione convenitur, circa quod caput, illa omnia, quæ de *nudo pacto, facultate retinendi sola, pacto in continenti adjecto, usuris officio judicis petendis, actione ex stipulatu AUTOR* dicit, hodie otiosa sunt, cum non tricas fori Romani sed æquitatem naturalem sequamur. Porro nec id hodie admitterem, quod *extincta actione principali, usuræ peti nequeant*, nam istas Romanorum sanctiones, ex veteri processu formulario oriundas, ac ab æquitate naturali abeuntes, in Germaniam receptas esse, probari nequit, nec obstat doctrina & prejudicium *CARPZOVII d. p. 2. C. 30. D. 12.* nam ibi disputatur nimis secure ex hypothesibus juris civilis, cum tamen de hujus valore vel maxime hic quæstio sit, deinde ibi actio ad usuras negatur, non tam ob extinctam actionem principalem,

quam

quam ob consensum creditoris, sine protestatione sortem accipientis, quanquam nec hoc admittendum est, quod protestatione opus sit, nam juxta æquitatem naturalem, non conservari, sed saltem, non remitti debet jus petendi usuras.

OBSERV. DCC.

Desinunt) De modis, quibus obligatio usurarum extinguatur, ex communibus ferè principiis judicandum. Sola judicis prohibitio, de qua *n. 2.* in Electoratu Saxoniæ ad sistendum usurarum cursum, non sufficit *DECIS. 27.* quemadmodum etiam induciæ moratoriæ eum non inhibent. *DECIS. SAXON. 80.*

OBSERV. DCCI.

Annui reditus differunt ab usuris) Differentiam subesse quoad *modum constituendi*, admitti quidem potest inprimis si annui reditus ex re aliqua immobili præstandi sint. Ast si species emolumenti *indolem* & hinc ortam *moralitatem*, tum sane inter usuras & annuos reditus nulla solida est differentia, ut facile liqueat, canones, qui usuras improbant & reditus tamen annuos admittunt, fucum fecisse & singularem aliquam probitatem, quam non habent, mentitos esse.

OBSERV. DCCII.

Sunt vel pendentes) Subdivisio fructuum, quam *AUTOR* hic exhibet, parum accurata est, nonnullas enim species ommittit, ac fructus separatos & perceptos sibi opponit, cum tamen coincidant. Magis adæquate igitur sic dici potest: Fructus considerantur (1.) ratione *originis*; tum sunt vel *civiles* vel *Naturales*, & hi vel *in specie tales*, vel *industriales*, ceu recte *AUTOR* hactenus, (2.) *diversi status*, tunc vel *existunt* & dicuntur *Nati*, vel *non existunt*, eorum verò existentia

vel

vel *speratur*, qui vocantur fructus *Nasciturí*, vel *non speratur*, idque vel ob *fatale infortunium*, & sunt *fructus deperditi*, vel *negligentiam possessoris*, ac audiunt, *Percipiendi*. De Natis porro ita habendum: sunt vel *Pendentes seu stantes*, vel *separati seu percepti*, hi vel *Exstantes* vel *consumti*.

OBSERV. DCCIII.

De acquisitione fructuum agitur) Secundum æquitatem naturalem, quam hodie inprimis observari puto, ita distinguendum esse videtur. Vel petimus *rem nostram*, quam alter sine voluntate nostra tenet, tum pro diversitate possessoris scientis vel ignorantis, modo omnes fructus, percepti & percipiendi, modo ex perceptis solum exstantes præstandi sunt, de quo præcipue ad *tit. de R. V.* agitur. Vel *nobis debitam*, ubi interest, an debeatur res ex *contractu oneroso*, & fructus à tempore contractus perfecti, præstandi erunt, dummodo alter à sua quoque parte contractum impleverit, nec in aliquam dilationem consenserit, an *lucrativo*, & nihil à promissore, fructuum nomine, exigendum videtur, cum hoc & incivile & inhumanum fit, nisi forte post litem, non tam contestatam, quam hodie inchoatam *l. 38. §. 7. h.* Ab *executore* vero *liberalitatis alienæ* omnino post moram fructus debentur, *l. 34. h. l. 23. de Legat. 1.*

OBSERV. DCCIV.

Mora est injusta rei faciendæ dilatio) Circa hanc definitionem, quæ bene se habet, hæc observanda (1.) tum adesse injustam dilationem, si quis ad aliquid faciendum revera sit obligatus & Creditor in dilationem non consentiat, alterum si desit, dilatio non est injusta nec mora committitur; (2.) dilationem debere

esse

esse voluntariam, hinc si quis casu impediatur, mora non contrahitur, voluntas autem aliquando est directa & proæretica, dum quis consultò facienda differt, vel indirecta, quando quis per negligentiam vel incuriam, præstationes necessarias omittit. Ex quib9 (3.) differentia moræ, & doli ac culpæ, facile explicari potest, nimirum mora est species doli, si ex proæresi, culpæ autem, si per negligentiam contrahatur, ac â cæteris speciebus distinguitur, quod agenda differat.

Observ. DCCV.

Contrahitur autem vel ex persona debitoris) Distinctio moræ, quod vel ex *persona* vel *re* oriatur, satis quidem trita est, sed non ita comparata, ut in penitiorem cognitionem deducat, aut rationem moræ commissæ satis insinuet. Quare solidius res intelligi posse videtur, si ita distinguamus: Vel quis (1.) *obligatur ex delicto* v. gr. furto, tum, quia obligatio certa, & dominus nullatenus in aliquam dilationem consentit, statim â tempore commissi delicti, delinquens in mora est, quam vulgò ex *re* aut *sola legis dispositione* contrahi dicunt *l. fin. de condict. furt.* vid. *lit. g. h.* licet lex positiva hic nihil operetur, sed ex qualitate facti, naturali interpretatione, mora ostendatur. Vel (2.) ex *contractu*, tum interest, an sit *bilateralis* vel *unilateralis*. Illo casu, quia præstationes reciprocæ, se se velut conditionem respiciunt, ideò neuter contrahentium injuste præstationem differre dici potest, quamdiu alter suum nondum præstitit, hoc autem facto, alter statim in mora est, nisi forte implens dilationem concedat, tum enim, quamdiu ejus consensus durat, alter moram non comittit. *vid.* Observ. 580. Hoc, rursus videndum, an contractus unilateralis sit

one:

onerosus vel *gratuitus*. Primo casu, v. gr. in mutuo, liberalitatis alienæ executione, quam hæres facere debet, pretii solutione, quæ emtori, re acceptâ & fide de pretio habitâ, facienda est, denuo considerandum, an *pura aut conditionalis subsit obligatio*, hoc casu debitor moram non comittit, quamdiu â Creditore non interpellatur, censetur enim hic, dum interpellationem omittit & tamen alterius obligationem novit, in dilationem consentire, an *in diem concepta*, tum post lapsum diei, debitor in mora est, adjectione enim diei, satis in antecessum Creditor declarat, quousque in dilationem consentiat, nec obstat *l. 41. §. 1. de V. O.* nam dies adjectus eatenus pro debitore est, ut ante ejus lapsum conveniri nequeat, post lapsum verò est contra eum & illum in mora constituit. Huc pertinet doctrina *AUTORIS lit. H. b.* Observandum autem est, quod aliquando interpellatio, altero etiam casu, ubi obligatio pura vel per existentiam conditionis, purificata est, interpellatio non requiratur, sed debitor, â tempore contracti debiti, in mora statim fit, id quod fit, quoad Creditores, qui vel ob ætatem, aut ignorantiam interpellare non possunt, uti sunt minores, vel ob timiditatem similemve causam non audent, his casibus itidem mora *ex re fieri* dicitur *lit. g.* ex *l. 3. C. ex quib. caus. in integr. l. 26. §. 1. de fideicom. libert.* Est igitur in illis, *interpellatio præsumta*, quam quidem non sola lex positiva, aut speciatim, Romana facit, sed quæ per rectam rationem, ex voto illarum personarum, adstrui potest. Secundo casu, quando scilicet negotium est gratuitum, debitor regulariter moram non comittit, quia donatarius, ex regulis huma-

manitatis, in dilationem consentire, & re donata sola contentus esse debet. *vid. l. 22. de donat.*

Observ. DCCVI.

Mora perpetuat obligationem) De effectu moræ adeoque officio morosi quod affertur *lit. E.* id omne naturale est, ac ex præcepto de damno resarciendo resultat. In specie mora transfert periculum in debitorem, modo efficax sit, nec res nihilominus fuisset peritura, nam hoc unicum hic considerandum est, de quo dixi *Observ. 560.* Distinctiones, quarum *n. 3. h.* meminit *AUTOR*, nec de jure civili rem expediunt, nec hodie, si omnino illo jure admitterentur, alicujus sunt usus.

Tit. II.

DE NAUTICO FOENORE.

Observ. DCCVII.

FOenus interdum significat pecuniam sub usuris creditam *l. 3. C. h.*) Sed illa acceptio ex *d. l. 3.* non probatur. Sermo ibi est de *pecunia fœnebri*, ex quo colligi nequit, quod fœnus sortem seu pecuniam creditam notet, cum potius inde colligendum sit, quod fœnus sit proventus ille, quem pecunia fœnebris ferat. Sic si dicatur *pecunia usuraria*, ex eo malè collegeris, quod usura notet sortem. Alias de vocibus *fœnoris* & *usuræ* curiosius egit *NOODT tract. de usur. c. 2. 3.* doctrinæ summa eo redit: Vetustissimos Autores accessionem, quæ Creditori datur pro usu sortis, non *usuram*, sed *fœnus* appellasse, usuræque nomine non *fœnus*, sed *cujusque rei usum* indicasse, dein loquentium usu obtinuisse, ut *usura* pro *fœnore* acciperetur. In specie contra *SALMASIUM* contendit, quod Veteribus,

bus, *fœnus* non *fœtem*, sed *fortis fœtum* præcipue notaverit, etsi obtinuerit sermonis usu, ut etiam pro pecunia fenebri acciperetur. Denique contendit, quod ab eo tempore, quo in bonæ fidei judiciis usuræ ex mora, officio judicis, deberi cœperint, placuerit, ut fœnus dicatur, quoties ex conventione debeatur, usura verò, sive ex hac, sive officio judicis præstetur, quodque hinc probabile videatur, titulum hunc tam in Codice quam Pandectis, inscriptum esse de *nautico fœnore*, non de *nauticis usuris*, quia fœnus hoc, nunquam officio judicis, sed semper ex conventione debeatur, *SALMASIO* licet aliam rationem suppeditante. Sed ista fercula Criticis relinquamus!

OBSERV. DCCVIII.

Verum ex vera trajectitia) Id â libertate & usu hominum dependet, quod pecuniam, trans mare vel per alia loca periculosa ferendam, dare queant, ita ut periculum sit creditoris, hinc facile liquet, hæc non juris Romani, sed Gentium esse, adeò ut determinationem fœnoris, quam jus civile fecit, hodie quoque excedere liceat. *vid. HUBER in posit h.* De cætero crediderim, inventis cambiis, rariorem esse fœnoris hujus usum, nam contractus assecurationis, quem nonnulli huc trahunt, â trajectitiæ pecuniæ contractu omnino differt.

TIT. III.

DE PROBATIONIBUS ET PRÆSUMTIONIBUS.

OBSERV. DCCIX.

P*Robatio*) In hac definitione superfluum putem, quod *judici* fides facienda esse perhibeatur, id

quod *lit. S* repetitur, nam in genere potius probatio sic fieri debet, ut in foro civili, nemo de ea dubitare queat, & si soli judici fides facienda excluso adversario, contra hunc probatio effectum habere non potest. Nihil juvant istam sententiam *l. 12. de probat. in fin. l. 3. §. 1. 2. de test.* nam utique veritas rei controversæ judici quoque adprobanda est, quod *d. ll.* innuunt, sed quod ad judicem solum sit probatio restringenda, neutiquam docent. Porro vana est ratio, qua utuntur Interpretes, *probationem nunquam adversario satisfacturam esse, etiamsi solem ipsum, ad ostendendam veritatem, in manibus gereres, sed adversarium semper negare.* vid. *MASCARD. de probat. V. 1. qu. 2. n. 24. seq.* nec enim quid neget, sed quid cum ratione neget adversarius, attendendum est. Quodsi hoc velint interpretes, *soli judici veritatem probatione esse persuadendum*, adhuc id otiosum est, quia ad probationem nihil aliud requiritur, quam ut eadem juxta leges vera & sufficiens sit, an de cætero judex hoc credere velit, nec ne, perinde est.

Observ. DCCX.

Dividitur à causa instrumentali) Probatio duplici respectu distingui potest, (1.) *à modo*, (2) *effectu*. Juxta primum respectum *AUTOR* ejus species summatim indicat, alias in illis plenius recensendis, & ordinandis interpretes non adeo consentiunt; *vid. MASCARD. de probat. V 1. qu. 4.* si generalius Probationem supponas (nam stilo forensi, nonnunquam eam strictè accipi novimus *vid. BERGER in resolut. b*) forte ita dici potest: Probatio peragitur vel *revelatione divina*, quæ extra casum specialis permissionis divinæ, est illicita, ex quo genere est probatio per duellum, ferrum, aquam

aquam &c. seculis superstitiosis olim valde usitata, vel *indiciis humanis*, hæc sunt vel *naturalia*, dum vel res ipsa se indicat, vel aliud, quod cum re naturaliter cohæret, hoc præstat, vel *arbitraria*, quæ extrinsecus accedunt ac de rei veritate testantur.

2. Ex indiciis naturalibus oritur *probatio artificialis*, quam vocant, ad quam adeò etiam pertinet probatio per *evidentiam facti*, vid. *MASCARD. d. l. qu. 8.* per *communem opinionem*, hic enim per compendium quasi ratiocinari volumus, per *cruentationem cadaveris* vid *CLASEN ad Nemes. Coral. art. 33. n. 3.* hæc tamen sæpe in probationem divinatoriam adeoque illicitam degenerat. In genere observandum, varias probationis artificialis denominationes ex *objecto* oriri posse, si tamen ejus *formam* spectes, in genere recte eadem dici poterit *Præsumtio* vel *Conjectura* licet hi termini strictius etiam sumantur, ut probationem probabilem solum notent, quod *AUTOR h.* sequitur.

3. Ex arbitrariis indiciis existit *Probatio inartificialis*, quæ summatim fit vel *confessione ejus de cujus præjudicio agitur*, vel *testimonio aliorum*. Sed hæc duplex probanti ratio in varias formas, se amplius componit, ex quo plures species, præcedentibus subordinandæ oriuntur. Nimirum *Testimonium proprium* vel (1.) oretenus & nude redditur, unde est *confessio* de qua *l. 42. tit. 2.* vel (2.) juratò, hinc *probatio per juramentum assertorium*, de qua *l. 12. tit. 2.* vel (3.) in scriptis, inde existit *probatio per instrumenta*, de qua *tit. seq.* nonnunquam hæc probandi ratio mixta est, ex confessione propria & aliorum testimonio constans, aliquando autem ad ultimam classem pertinet, vel (4.) per cruciatus, hinc *probatio per torturam*, de

qua *l. 48. tit. 19.* ulterius *Testimonium aliorum* vel (1.) olim signis quibusdam velut alligatum est, unde oritur *probatio per lapides, arbores similiaque signa*, vel (2.) in scriptis redditur, hinc *probatio per instrumenta* seu *documenta literaria*, vel fit (3.) indefinite & quodammodo confuse, ex quo *probatio per famam*, vel (4.) â personis ad hoc requisitis, hinc *probatio per testes tit. 5. h.*

4. *Notorietas* non est peculiaris probationis species, sed notat potius *præsentiam genuinæ probationis cujuscunque, sive artificialis sive inartificialis*, hinc notorium nihil aliud est, quam res, cujus veritas, per comitantem quandam probationem ostenditur. Nihil itaque pro Notorio haberi debet, nisi quod legitima probatione stipatur ab eaque sustinetur.

OBSERV. DCCXI.

Dividitur ab effectu) Alteram probationis divisionem generalem *AUTOR* exhibet, eamque fere saltem, intuitu probationis, in processibus usitatæ, quæ nimirum per instrumenta, testes & juramentum fieri solet, considerat. Quando autem probatio plena dicenda sit, nec ne, id â definitione legum tam divinarum, quam humanarum ultimato dependet, de quibus circa Effectum videbimus. Quod verò judicem in casu imperfectæ probationis, de ea legitime supplenda sollicitum esse oporteat, ceu *AUTOR* indicat, id non juris Romani tantum sed & naturalis est, *add.* BERGER *in resolut. b.*

OBSERV. DCCXII.

Requirit probationem jus lit. C.) Non Romanum saltem, sed itidem naturale illud omnibusque gentibus commune, quæ enim gravior esset læsio, quam si

ad

ad alterius nudam instantiam, sine probatione alter condemnetur. Ex eodem etiam æquitatis naturalis principio is probare debet, qui affirmat, aut contra quem est præsumtio, nam ab eo, qui valida nec elisa præsumtione munitur, exigere probationem, altero, qui affirmabat, aut contra quem præsumtio erat, dimitti, id vero læsionem sat aperte involvit.

OBSERV. DCCXIII.

Probandum est factum lit. O.) Omne illud in judicio probandum est, quod comitante aliqua probatione nondum patet, seu notorium non est, quamvis non statim â quovis ejus probatio suscipienda sit. Tale quid est *factum*, non autem regulariter, *lex*, nec obstat *l. 5.* §. *1. h. t.* non enim legem, sed id, quod legis applicatio prærequirit, ac in facto consistit, probandum esse dicitur. Quodsi autem lex comitante probatione destituatur, perinde sicut factum probari debet, quod non tantum de consuetudine *lit. O.* sed in genere de omni lege verum est, atque eo pertinet *d. l. 5. pr. h.* Poterit autem vel de *existentia* legis, vel de ejus *sensu* dubium esse, utroque respectu probatione opus est, quæ quidem sæpe, inprimis ubi de sensu quæritur, conjecturis peragitur adeoque artificialis est.

OBSERV. DCCXIV.

Propositio simpliciter & indeterminate negans, per rerum naturam non potest probari) V. gr. si dicam, *tibi in prædio meo servitus non competit*, hæc assertio, quia sine circumstantiis negat, difficillimæ imò impossibilis est probationis, nam licet omnes constituendi modos removere velis, facile tamen unus potest omitti; præterea specialis ejusmodi modorum remotio, est molestissima, hinc id quod difficile, imo morali æsti-

matione impossibile est, per rerum naturam fieri posse; non immerito negatur, ac ideo alteri probatio imponitur *vid.* Observ. *256. 368. add.* *VINN. sel. quæst l. 2. qu. 12.* Dicis, *probationem negativæ posse fieri juramenti delatione vel relatione.* Verum accurate loquendo, ita nihil probatur, sed simpliciter saltem aliquid asseritur vel negatur, cui effato, ob juramenti autoritatem, deinde creditur, ut hactenus jusjurandum probationibus accenseatur, præterea quando ab aliquo probatiooem requirimus, tum ei integrum liberumque esse debet, testibus & instrumentis probare, an juramento controversiam definire velit, quæ libertas circa negativam locum non habet.

2. Licet verò simpliciter negans, probare nequeat, inde tamen non sequitur, quod ad quamvis negationem, alteri onus probandi imponendum sit. Ita si dicas; *pecunia mihi non est numerata*, simpliciter quidem negas, ast si olim in chirographo numerationem confessus sis, huic confessioni, juxta æquitatem naturalem, meritò statur, negatio verò jam facta, vel plane negligitur, si ejus nullæ probabiles appareant rationes, vel de ejus veritate & probatione postea disputatur (positis scilicet illis processus ambagibus, quæ in judiciis occurrunt, nam si ex æquo & bono controversiæ, inter præsentes sine cunctatione deciderentur, tum illa una serie expedire nil vetaret) ut intempestive omnino, quoad exceptionem non numeratæ pecuniæ, ad regulam illam: *negantis nulla est probatio* provocetur in *l. 10. C. de. non num pecun. conf.* Observ. *316. 317.*

Observ. DCCXV.

Circa probationem observa modum) Actus probatio-

tionis dirigitur partim *prudentia*, hæc enim ita eum peragi jubet, ut ſcopum propoſitum obtineamus, partim *lege naturali*, quæ probationem ſufficientem requirit, ſi quidem condemnatio ſequi debeat, quamvis pro ratione materiæ, id temperari ſoleat, partim & præcipue quidem *lege humana*, quæ modum & tempus peragendæ probationis determinat, de quo *AUTOR* intuitu probationis ſtrictiori ſenſu ſuppoſitæ, ac in proceſſu ordinario uſitatæ, quædam proponit, ſed illa rectius ex ordinationibus Proceſſualibus Judiciorum Germanicorum, quam jure Romano petuntur *conf. DECIS. SAXON 4. STRYK & BERGER h.*

OBSERV. DCCXVI.

Probationibus Judex credit) Sicut judex in caſu *probationis imperfectæ*, ex præſcripto juris naturalis, de ea ſupplenda debet eſſe ſollicitus, ceu admonitum *Obſerv. 711.* ita in caſu *probationis perfectæ*, reum condemnare, *nullius*, abſolvere, eodem jure jubetur, quod confirmavit jus Romanum *lit E.* Quando autem probatio plena & ſufficiens cenſenda ſit, id ultimato fere à determinatione legis humanæ dependet, aliter enim in ſcientiis, aliter in foro veritas oſtenditur, in hoc ſane diu nimis dubitationibus indulgere non licet, cum ad actionem aliquam progrediendum ſit, hinc ſæpe aliquid pro vero & certo haberi debet, de quo, ſecundum regulas philoſophicas, adhuc valde dubitari poterat. Neque tamen à probationibus forenſibus comunis ratio, eique ſurrogata lex naturalis, plane exulat. Si enim circa *probationem artificialem* vel nulla vel non valde urgens dubitandi ratio occurrat, tum illa pro vera merito habetur. Quod au-

probationem inartificialem attinet, videtur omnino ostendendæ veritati, jure naturali sufficere *confessio contra se ipsum*, dummodo nihil sit, ex quo eam suspectam facere queamus, & nihil intererit, sive oretenus quis eam faciat, sive in scriptis. Sed *confessio contra adversarium* insufficiens est, licet jurata sit, nisi adversarius consentiat, (quod tamen indistinctè etiam facere nequit) vel deliquerit, vel pro afferente aliqua militet præsumtio. Porro *testimonium unius*, aut *famam*, nec non *monumenta antiquitate imminuta*, non continere plenam probationem, ratio etiam satis insinuat, *duos*, verò *testes*, omni exceptione majores (quales nunquam esse videntur, nisi etiam juraverint) ad fidem faciendam sufficere, dictitat. Sed illa tamen semper disceptationibus adhuc forent obnoxia, nisi lex positiva accederet, istaque æquitatis decreta firmaret quæ quoque in certis casibus majorem testium numerum licitè exigit.

OBSERV. DCCXVII.

Præsumtio est probatio) Præsumrio nihil aliud est, quam ratiocinatio, qua ex circumstantiis aliquid probabiliter, aliquando etiam certo, infertur, ex quo facile liqueat, eam non à Romanis inventam, sed omnibus hominibus communem esse. Id tamen juris positivi est, quando præsumtio ita firmatur, ut eam nullo modo impugnare liceat, ex quo Præsumtio *juris & de jure* enata est. Ex dictis quoque patet, generalem præsumendi regulam esse: *ea debere præsumi, quæ regulariter rem comitantur*, hoc enim omnis recta ratio præcipit, ex quo specialia *lit. C.* deducuntur. Præsumitur idem, quod probatur *lit. O.* & præsumtio vera est, nisi contrarium ostendatur *lit. E.* quod autem

præ-

præsumtionem juris & de jure, contraria Rei confessione elidi putet *AUTOR*, id verum est, si in sui præjudicium Reus confiteatur, quemadmodum etiam hoc adjiciendum videtur, eam tam validam non esse, ut innocentiæ probationi contra illam locus non sit, nam leges humanæ divinis repugnare non debent.

TIT. IV.

DE FIDE INSTRUMENTORUM ET AMISSIONE EORUM.

OBSERV. DCCXVIII.

F*Ides hic significat opinionem)* Quo illa penitius intelligantur, observandum, quod fides vel accipi queat pro re, quæ instrumentis inhæret, vel quam hæc efficiunt, illo respectu fides est *aptitudo ostendendi & suo modo persuadendi veritatem*, hoc vero, juxta definitionem hic allatam, est *opinio, qua quis credit* (vel saltem in foro externo credere debet) *rem ita se habere.* De cætero facile liquet, *Instrumentum* seu *documentum literarium* ejusque diversas species, *Publicum* puta & *Privatum, Originale* & *Transsumtum*, non esse juris Romani sed Gentium, nam uti omnes gentes non plane barbaræ, ex rationibus oeconomicis, varias scripturas, securitatis gratia, conficere solent, ita in unaquaque etiam Republica, per leges, ista probandi media, certius definiuntur, hinc hactenus etiam Romana, quæ modum conficiendi instrumenta eorumque valorem determinant, apud nos usum subsidiarium habebunt.

OBSERV. DCCXIX.

Notarii sunt personæ publicæ) Sicut unaquæque Civitas ea introducere potest, quibus fides rerum gestarum quam optimè adprobari queat, ita in Germania aliisque Rebuspublicis Europæis eo fine *Notarii* sunt introducti, qui an cum Tabellionibus juris Romani conveniant, nec ne, quod *AUTOR* attingit, ea historica, & exigui momenti est quæstio. Quicquid igitur de Notariis dicitur, id omne ex principiis naturalibus & germanicis dependet. Ex his generaliter intelligimus *quid* sint Notarii. Porro si de *constitutione* quæratur, ex forma Reipublicæ dijudicandum, penes quem *jus constituendi* sit, de quo in Jurisprudentia publica disquiritur. Amplius sicut ex communi ratione patet, ad constitutionem requiri *consensum mutuum & verum*, ita *constituendi modus* ac *personarum habilitas* Imperantis voluntate determinatur. Actu constitutionis legitimè peracto, manifestum quoque est, quod Notarius naturaliter *jus* fini constitutionis conveniens, nanciscatur, ac illi etiam conformiter *obligetur*. Uti autem à libertate & Prudentia Notarii maximam partem dependet, quomodo jus & obligationem in actum deducere velit, ita nonnunquam lex positiva *modum exercendi officium*, ac *rei gestæ valorem* specialius determinat, quemadmodum etiam *delinquentem* pœna promerita afficit.

OBSERV. DCCXX.

Indictio Romana lit. Q.) Inprimis quoad instrumenta conficienda, lex positiva officium Notariorum dirigit, dum varia requisita inculcat, inter quæ est etiam *mentio indictionis Romanæ*, de qua, fere ex citato *WEHNERO*, nonnulla annotabimus. Sumitur (1.) in-

indictio vel pro *impositione tributi*, vel pro *tempore*, idque dupliciter, vel pro *periodo quindecim annorum*, vel *pro uno anno* ex istis quindecim annis. Censetur autem (2.) Cyclus indictionalis tum introductus esse, cum Romani provincias dissitas tenerent, nec adeò commodè singulis annis ttibuta inferri possent, juxta quæ, jam ante Christum natum, ejus usus obtinuit, nec tamen hic omnium eadem est sententia, nam *BACHOV d. V. 2. D, 5. th. 3. c.* ex Onufrio, originem ad Constantinum refert, & ad illum quidem annum, quo quasi auspiciis Crucis prælatæ Maxentium fuderat, indictionesq; non esse dictas, ab indictione tributorum, sed indicatione, quod Constantino, Crucis signo cœlitus ostenso, victoria fuisset indicata. Alii censent, Cyclum indictionalem ab Augusto, tribus ante Christum natum annis, esse institutum, eo quidem fine, ut subditi remotiores, elapso primo quinquennio, tributum in auro, secundo, in argento, tertio, in ære & ferro, Romam mitterent *vid. WEIGEL. in specul. Tempor. c. 6. §. 5.* Initium vero computandi singulas indictiones (3.) fit à *XV.* septembris die, quia messe peractâ, comodius tributa solvi possunt. Sed nec hac in parte omnes consentiunt, nam alii à *XXIV.* Septemb. in computando incipiunt, alii vero à *XXIV.* Decemb. quod etiã, deficiente consuetudine speciali, sequendum esse existimant, *vid. JAHN in disput.* de Notar. *habit. Wittenberg. 1647. th. 45. WEIGELIUS d. l. §. 6.* in Occidente à *XXIV.* Sept. in oriente vero à *I.* Sept. indictiones computari arbitratur. Porro (1.) ideo indictionum mentio in instrumentis literariis fieri debuit, ne regionem, provinciam vel civitatem aliquã Cycli indictionalis quindenarii periodus lateret, hinc edi-

edictis cautum fuiſſe perhibetur, ne ullis literis, privilegiis ac inſtrumentis fides haberetur, quibus numerus indictionum non eſſet adſcriptus, inde factū, ut inſtrumentis Notariorum quoque indictio inſeri juberetur Ord. Imp. *1512.* Hac ratione autem (5.) ſingulæ indictionis inveſtigantur; ſcilicet earum uſum jam ante Chriſtum natum fuiſſe, & Chriſtum, cum Cyclus indictionalis vel de novo, vel iterum cœpiſſet, tertio ejusdem anno, & ſic tertia indictione ſpeciatim accepta fuiſſe natum, ſupponitur, Chriſtiani igitur, præcedentium indictionum, ſi quæ fuerunt, ſecuri, primam aſſumunt eam, in qua Chriſtus natus eſt, quia vero hic non ſub ejus initium, ſed tertio anno ſeu tertia indictione ſpeciatim accepta, lucem aſpexit, ideo ut indictio generaliter pro quindecim annis accepta compleatur, addendi ſunt annis Chriſti, tres anni, hæc ſumma poſtea per quindecim (tanquam numerum totius Cycli indictionalis) dividitur v. gr.

```
1702        (1
   3       2810
----       17058 (113
1705       1888
            11
```

hoc facto, *Quotus*, ſcilicet *113.* indicat, *Diviſorem*, nempe *15.* in Dividendo, ſcilicet *1705.* centies decies & ter contineri, ſeu Ciclum indictionalem, toties à tempore nativitatis Chriſti eſſe revolutum. *Summa* autem *remanens*, nimirum *10.* oſtendit, Cyclum indictionalem centeſimum decimum quartum jam volvi, & in eo annum decimum ſeu decimam indictionem ſpecialem currere, quod verum eſt usque ad *XV.* Septemb.

ptemb. juxta sententiam *AUTORIS*, postea indictio *XI.* incipiet. Illud (6.) facile liquet, indictionis Romenæ mentionem, ad majorem Instrumentorum fidem nihil omnino conferre, adeoque sine ullo damno posse omitti, imprimis cum vitilitigia circa terminum â quo, oriri queant, ac omnis illa indictionum ad Notariorum Instrumenta translatio, ex Legistarum, res Romanas & Germanicas confundentium consilio profecta videatur. *conf. DECIS. SAXON.* *20.*

OBSERV. DCCXXI.

Nam â Magistratu facta præferuntur testibus l. 10. de probat. & â Notario facta idem valent quod testes l. 15. C. h. t.) Sic etiam hoc explicat *STRAUCH differt. 24. thes. 22.* sed cum in *d. l. 15. C. h.* nulla Notariorum fiat mentio, imo nostrates Notarii juri Romano plane sint incogniti, hinc illa explicatio parum congrua censeri debet. Mihi tota illa doctrina, de prærogativa testium & instrumentorum, in qua varie sentiunt, *vid. MASCARD V. 1. qu. 6.* videtur esse commentum veterum glossatorum, ex textuum nonnullorum captione exortum, nam si illa (1) spectentur extra casum collisionis, tum frustra instituitur disceptatio de prærogativa, quia & testes & instrumenta probant, quod, nisi fallor, vult *l. 15. C. h. t.* si vero (2.) in casu collisionis considerentur, tum, si instrumentum est integrum, testes verò suspecti, vel vice versa, integra probatio suspectæ utique præfertur, sed ratio dependet ab integritate & suspicione, non â qualitate instrumenti vel testium. Quodsi autem (3.) utraque probatio sit integra in se, ut nihil præter contradictionem obstet, tum neutra valebit, sed contradictione vim probandi sibi mutuo illæ adiment, adeo

ut

ut neque testibus, neque instrumentis fides haberi queat. Non obstat sententiæ nostræ *l. 10. ff. de prob.* fragmentum enim est suo casu destitutum, adeoque nihil impedit, quo minus ad testes suspectos vel alium casum specialem id referamus, *vid. HUBER in posit. de fid. instrum. n. 8.* Nec illud obest, quod in nonnullis casibus probatio per instrumenta præcise fieri debeat *vid. l. 18. C. h d. l. 13. C. de non num. pec. l. 3. C. si min. se maj. dix. l. 25. in fin ff. de probat.* nam illa particularia sunt, ex quibus generalis aliqua prærogativa malé elicitur.

OBSERV. DCCXXII.

Unde de jure civili nulla instrumenta paratam habent executionem) Hoc tamen ex *cit. l. 1. 2. C. de execut. rei jud. l. 9. C. de O. & A. l. un. C. de prob. sequestr.* non probatur, cum illæ non de processu *executivo* sed *tumultuario*, ubi partibus nondum auditis, nec causæ cognitione prævia, ad executionem procurritur, loquantur, & quis crederet consuetudine germanica talem processum esse introductum, qualis in d. ll. delineatur? utut igitur nolim *AUTORI* quoad ipsam thesin contradicere, cum de processu Romano difficulter quid pronunciare liceat, probatio tamen ejus utique incongrua censeri debet.

OBSERV. DCCXXIII.

Ut & ubique fere instrumenta guarentigiata) In Saxonia per instrumenta guarentigiata non alia quam liquida, intelligi communiter videntur *vid. CARPZ. Pr. Tit. 1. art. 3. n. 11 seqq.* Illud certum, quod jussus Judicis vel Notarii, in quo *AUTOR* essentiam instrumenti guarentigiari collocat, ad rem nihil faciat, cum ratio processus executivi, ab *evidentia documentorum* dependeat. Recordor, me aliquando ex *ILLUSTRI*

BO-

BORNIO NOSTRO percepisse, quod illa instrumenta propriè guarentigiata dicantur, quæ quis, simulac confecta sunt, â debitore judicialiter recognosci faciat, cujus rei ille sit effectus, quod deinceps recognitio mediante processu non sit exigenda, sed statim ad executionem deveniri queat. *add. DECIS. SAXON. 12. 74.*

OBSERV. DCCXXIV.

Nisi contra scribentem absque protestatione fuerint producta) Hoc ex doctrina *CARPZOVII d. l.* frustra forsitan collegeris, ille enim non docet, quod *productio absque protestatione facta, instrumento in se inhabili, vim probandi conciliet*, sed quod *productio instrumenti habilis, alteri etiam prosit, ut is quoque fatale productionis censeatur observasse adeoque instrumento etiam pro se deinceps uti queat*, quæ duo utique differunt. Summa igitur eo redit, (1.) si quis instrumentum simpliciter producat, productio etiam prodest adversario, nisi (2.) hoc absente producens protestatus sit, tum enim alterum â productionis commodo excludit, quod si tamen (3.) adversarius præsens sit, ac productioni adhæreat, tum commodum productionis, alterius protestatione, ei auferri nequit.

OBSERV. DCCXXV.

Produci possunt de jure civili lit. Q.) Modus probandi per instrumenta, â lege positiva dependet, eum verò rectius disci ex ordinationibus peculiaribus, quam jure civili, quivis facile concesserit, In Saxonia Electorali ita fere se res habet: Ante omnia dispiciendum, an instrumenta sint liquida & guarentigiata, nec ne. Illo casu agitur executive ad recognitionem, quam reus vel facere vel jurato instrumentũ diffiteri debet,

bet, altero facto, condemnatio aut absolutio sequitur. Hoc verò casu, processu ordinario litis contestatio peti debet, qua secuta, ac probatione per sententiam injuncta, a tempore rei judicatæ, intra spatium saxonicum, articuli probatorii cum copiis documentorum eorumque inductione judici offerri debent. Postea in Termino, â Judice ad hoc præfixo, Originalia producuntur, quæ Adversarius vel recognoscere vel jurato diffiteri, debet, sæpe tamen Producens ad juratam diffessionem alterum non admittit, sed testibus vel literarum comparatione, authentiam productorum documentorum tueri satagit, quod in aliis Terminis deinceps peragitur, quæ omnia alibi latius inculcantur.

Observ. DCCXXVI.

Instrumenta sunt stricti juris) Quæ de interpretatione, impugnatione & amissione instrumentorum hic dicuntur, illa sunt juris Gentium, seu ex communibus resultant principiis. Quod autem instrumenta stricti juris esse perhibeantur, id non absolute admittendum, nec ex *d. l. 1. C. de probat.* probatur, quemadmodum etiam fundamento caret, quando alii, instrumenta, de bonæ fidei negotiis confecta, late, de stricti vero juris contractibus concinnata, strictè interpretanda esse contendunt, *vid.* EKHOLT *h.* §. 7. *n. 5.* dicendum potius; instrumenta sic esse interpretanda, prout consveta interpretandi principia hoc exigunt.

Tit. V.

DE TESTIBUS.

Observ. DCCXXVII.

T*Estes*) Probatio per testes, dubio procul â Romanis non inventa, sed omnibus potius gentibus nota

nota & usitata est, Testium porro habilitas & inhabilitas communi quoque ratiocinatione investigatur, quemadmodum etiam necessitas testimonium perhibendi, ex natura imperii civilis resultat. Quia tamen tam habilitatem quam testandi necessitatem certius definit lex positiva, ac in super modum per testes probandi determinat, hinc hactenus jure Romano, deficientibus legibus propriis, uti possumus.

Observ. DCCXXVIII.

Citantur sive evocantur) Quis testes evocare ac examinare queat, id ex statu cujusvis Reipublicæ judicandũ, quemadmodum id etiam certum, quod judex vel ad Partium instantiam, vel exigente utilitate publica, ad testes examinandos jure naturali obligetur. Denique id ex concessionis modo judicandũ, an â judice incompetente quis examinari queat. Distinctio, quam *AUTOR* inter Laicum & Clericum facit, quod ille scilicet volens examinari queat, hic non, haut est certa, nam *CARPZOV. d. l. 3. D. 24.* secure nimis disputat ex jure Canonico, de cujus valore tamen hac in parte non immerito dubitatur, cum hierarchiam papalem præsupponat. Quamobrem putem, tam Laicum quam Clericum â Judice incompetente volentes posse examinari, adeò ut testimonium ex capite incompetentiæ, nequeat infringi vel elevari, judicem tamen, qui ista captavit, de turbata jurisdictione posse conveniri. Juxta hæc non opus erit limitatione *AUTORIS*, quod, si periculum sit in mora, â quovis judice testis examinari queat, circumstantia tamen hæc ipsum excusabit, ne pro jurisdictionis alienæ turbatore haberi queat.

OBSERV. DCCXXIX.

Testium habilitas lit. S.) Quæ de habilitate testium hic *AUTOR* disserit, illa omnia eatenus ad legem positivam pertinent, quatenus ab hac, certior determinatio expectari potest, de cætero tamen non ubique res satis certa est, cum non tam jure scripto, quam potius per rationes sæpe habilitatem vel inhabilitatem testium interpretes definire velint, ut variæ opiniones hic non exulent. Forte nonnulla etiam eò pertinent, ut per disputationes super habilitate testis institutas, eò magis lis possit protelari, cum satius videatur, aliquem admittere, ut tamen judex & partes de testimonii lati valore deinceps judicare queant, quam de eo admittendo vel rejiciendo multis litigare.

OBSERV. DCCXXX.

Judex in causa in qua judicavit) Quoad hunc ita ex *CARPZOVIO* distinguendum; vel *lis adhuc durat*, tum judex neque habilis est, neque cogi potest, cum simul judex & testis esse nequeat, vel *finita est*, tunc interest, utrum *sine jactura existimationis testimonium reddi queat* v. gr. de iis, quæ â partibus in judicio acta sunt, an *cum dedecore idem sit conjunctum* v. gr. si te justitia sententiæ, vel solennitatibus testamenti, â se facti, testari judex debeat, illo casu judex & habilis est, & cogi potest, hoc verò, habilis quidem est, sed cogi nequit, cum grave sit, aliquem ad revelationem propriæ turpitudinis adigere, quod tamen dubio procul consuetam recipit limitationem: *modo veritas aliter haberi queat.* Sed dixeris, quomodo quoad *justitiam sententiæ*, testimonium exigi potest, ea enim non *facti*, sed *juris* quæstio est, quæ non ex testium effatis, sed legibus decidenda? Verum leges factum sæpe

præ

præsupponunt, cujus intuitu de testimonio ferendo rectè quæritur, sic si quis sententiam injustam dicat, ideo quod judex fuerit corruptus, aut quod partibus non satis auditis, vel probatione legitime non peracta, eam tulerit, tum ab hoc facto ultimato sententiæ justitia aut injustitia dependet, & tamen ejus intuitu de testimonio quæri potest *add. DECIS. SAXON. 3.*

Observ. DCCXXXI.

Fratres regulariter admittuntur) Post alios etiam dissentit *PEREZIUS ad. C. h. n. 8.* argumento ducto à domestico *l. 3. C. h. t.* quod non plane rejiciendum videtur, maxime cum ratio *CARPZOVII d. p. 1. C. 16 D. 53.* qua contraria sententia nititur, quod scilicet suspicio ex affectione oriunda, juramento tollatur, non adeo valida sit, nam affectus naturalis juramento sæpe est fortior, & alias juramentum omnibus prohibitionibus hic adductis opponi posset.

Observ. DCCXXXII.

Uxor -- -- quæ contra maritum testari potest, non tamen cogitur) Rationes tamen non adeo validas *CARPZOV. d. l.* adducit (1.) *durum hoc esse*, ait *cum uxor marito reverentiam debeat l. 14. in fin. sol. matrim.* sed illa reverentia imperio civili est attemperata (2.) *uxorem esse unam carnem cum marito*, verum hæc unitas huc non quadrat, quod vel ipse *CARPZOV.* agnoscit, quando maritum, ad testimonium contra uxorem dicendum, cogi posse asserit, nam huic etiam unitas illa opponi poterat! Putarem igitur distinguendum esse, utrum de vitiis nonnullis v. gr. de rixositate, temulentia &c. quæstio sit, an de alio quodam articulo v. gr. de debito, solutione vel aliquo pacto, illo casu conjuges non esse cogendos, si veritas aliter ha-

beri queat, æquum arbitrer, sed hoc nihil obstat, quo minus regulæ de testibus cogendis inhæreamus.

OBSERV. DCCXXXIII.

Testes coguntur nonnunquam) Obligatio ad testimonium perhibendum ex regulis Socialitatis utique fluit, quemadmodum ex iisdem principiis testimonium ab hoc vel illo exigere quandoque prohibemur, sed illa vincula, ob varietatem circumstantiarum, nonnunquam laxiora sunt, hinc lex positiva ea certius determinat, ut hoc sensu testium obligatio & coactio ei recte adscribatur.

OBSERV. DCCXXXIV.

Etiam Clerici in causa Laicorum) Duplex quæstio est (1.) an Clerici cogantur testimonium reddere (2.) an jurare debeant? Utraq; affirmatur, sed tum præcipuè obstat (1.) *auth.* sed judex *C. de Episcop. & Cler.* verum discrepat illa à suo fonte *Nov. 123. c. 7.* hæc verò non remittit jusjurandum, sed peculiarem saltem jurandi modum, qui scilicet fit tactis Evangeliis, quæ conjectura juvatur per *c. 7. X. de juram. calumn. add. distinct. 85. c. 1.* (2.) *l. 7. C. de Episcop.* sed hic textus per subjectam avthenticam restringitur, præterea agit saltem de Episcopo, à quo ad Clericos in genere, imo in specie ad Superintendentes nostros, quorum quippe dignitas longe inferior, inferre non licet (3.) *l. 25. §. 1. in fin. C. eod.* sed verba generaliter posita ad cautionem, de qua ibi est quæstio, restringi debent (4.) *can. 38. qu. 6. caus. 2.* circa quem responsio, *quod loquatur de judice vel arbitro, ad testimonium non cogendo.* non sufficit, cum addatur clausula generalis: *& nulla ad testimonium dicendum, ecclesiastici cujuslibet persona pulsetur*, forte pro *cujuslibet* legendum: *ejuslibet*

libet, ut propositio ad præcedentia referatur. Illud in genere adjicerem, hodie in decidendis hujus generis quæstionibus parum de jure civili & canonico, papatum redolentibus, laborandum esse, cum potius obligatio Clericorum nostratium ex genuinis principiis politicis, quæ Protestantes sequuntur, repetenda sit.

OBSERV. DCCXXXV.

In suis ædibus examinantur) Quæ hic & in sequentibus positionibus *AUTOR* de modo, per testes probandi, innuit, illa præcipue ex Ordinationibus Judiciorum peculiaribus, non jure civili repetenda esse, facilè liquet. In Saxonia ita fere juris est: Postquam sententia, qua probatio injuncta, vires rei judicatæ accepit, intra terminum Saxonicum, articuli probatorii cum nominibus Testium & directorio judici debent offerri, qui eos parti adversæ, cum facultate conficiendi interrogatoria, communicat, ac simul terminum Productionis, ei cæterisque quorum interest, intimat. Adveniente Termino testes producuntur ab actore, reus vero interrogatoria offert, ac si testes admittat, exceptiones tam contra eorum personam, quam testimonium sibi reservat, quo facto testes in præsentia partium, juramento obstringuntur, ac postea sigillatim & secreto â judice examinantur & inde Rotulus conficitur, qui in certo termino, citatis ad hoc partibus, publicatur, post quam publicationem, Partium disputatio sequitur. Sed Reus, Reprobationem peracturus, Publicationem differri curat, donec ipse Reprobationem absolverit quo facto Probatio & Reprobatio simul publicantur & disputantur. Sed hæc certius efficaciusque triтura fori insinuat.

TIT. VI.
DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.
OBSERV. DCCXXXVI.

IGnorantia) Nimis sero nunc demum ignorantia juris & facti explicatur. Cujusvis Jurisprudentiæ scopus est, dirigere actiones hominum juxta leges, hinc sub initium de actionibus humanis quædam commemoranda vel præsupponenda sunt, in quem locum etiam pertinet consideratio ingnorantiæ, utpote quæ Menti, velut actionum humanarum principio, nonnunquam obrepere solet. Ex hac autem doctrina generali, omnibusque hominibus communi, deinceps conclusiones speciales eliciendæ ac materiæ propriæ hinc inde applicandæ sunt.

LIB. XXIII. TIT I.
DE SPONSALIBUS.
OBSERV. DCCXXXVII.

COmputatio graduum) Incongruè hæc AUTOR præmisit, cum optime proponi potuerint, quando subjectum vel Sponsaliorum vel Nuptiarum expenditur. Rem ipsam proposui in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 3.* ubi de natura consanguinitatis & affinitatis, de varietate & habitu schematum, quibus illæ repræsentari solent, de generibus affinitatis distinctius plenius que forte disserui, quam vulgo fieri solet. Inprimis ostendi, quod sine ratione Jus Civile & Canonicum in computanda cognatione collaterali, diffidere vulgò existimetur, cum illud Collaterales inter se computet, hoc autem eorum à comuni stipite, descensum signet,

signet, quæ perinde sibi non contradicunt, ac jus civile sibi ipsi contrarium non est, quod fratres *duobus gradibus* à se invicem distare, & eos tamen *unum gradum* obtinere dicat *vid.* §. *ult. J. de cap. dimin.* quæ loquendi ratio in aliis etiam cognatis sæpe occurrit, cum diversus respectus, contradictionem excludens, nimis sit manifestus, sed cum de hoc plena manu alibi egerim, illa huc transscribere non attinet.

OBSERV. DCCXXXVIII.

Sponsalia) Homines ad genus suum propagandum, ex præscripto juris naturalis obligantur, ita quidem ut futuram propagationem pacto aliquo circumscribere debeant, nam promiscua & pecuina propagandi ratio naturæ hominis rationali & sociali repugnat, id quod leges promulgatæ & secuta hominum praxis satis etiam confirmant. Cum autem propagationis gratiâ, ineunda societas magni sit momenti & indissolubilis, hinc in eam inconsulto affectu ruere haut decet, sed potius magna circumspectione hic opus est, hinc actus, quo illa producitur, variis gradibus distingui solet. Occurrunt enim (1.) tractatus præliminaris, die Anwerbung, (2.) ejus acceptatio das Jawort seu pactum de sponsalibus celebrandis, (3.) sponsalia, seu promissio nuptiarum, & denique (4) ipsæ nuptiæ, quibus in cohabitationem perpetuam ac statim secuturam consentitur. Posse hos gradus, permittentibus legibus divinis, homines discernere, solere etiam id facere, certum utique est, licet, si talis consuetudo alicubi vigeat, ideò opus non sit, ut quoad singula matrimonia, omnes illi gradus præcise discernantur. Quid verò hæc aut illa gens facere fuerit solita vel soleat, id una regula definiri nequit. In spe-

cie de jure Romano, Canonico & moribus noſtris disquiritur, de quo aliqua retuli in Specim. Jur. Eccleſ. *l. 4. c. 1.* §. *3. ſeq.* Mihi communi ſenſui obloqui videntur, qui ſponſaliorum & nuptiarum diſcrimen, quoad mores noſtros negant, cum enim & diſcernendi libertas adſit, & actus diverſi diverſis ſub nominibus celebrentur diverſosque habeant effectus, quid magis improbabile eſſe poteſt, quam identitatem nihilominus aſſerere? inprimis definitio *AU-TORIS*, ſponſalia noſtri temporis exactè refert. Interim cum magna ſit ſententiarum varietas, hinc ſæpe fit, ut illi qui diſcrimen ſponſaliorum & nuptiarum rectè adſtruunt, tamen in concluſionibus ſpecialibus ſibi contradicant, dum eosdem effectus utrinque nonnunquam aſſerunt, aliquando negant.

OBSERV. DCCXXXIX.

Sunt de futuro) Quoad hanc diviſionem variæ ſunt ſententiæ, mihi in d. Specim. Jur. Eccleſ. *d. l.* §. *20.* eorum placuit opinio, qui per ſponſalia de futuro, intelligunt *pactum de ſponſalibus*, das Jawort, per ſponſalia de præſenti, *ipſa ſponſalia c. pen. X. de ſponſal.* quam ſi admittas, diviſio hæc ſub definitione allata non continetur ſed eſt præmittenda eſt. *vid. STRYK de diſſenſ. ſponſal. ſect. 1.* §. 18. *ſeqq.*

OBSERV. DCCXL.

Publica) Hæc diviſio ſponſaliorum eſt ex jure humano, cui, pro diverſo contrahendi modo, valorem diſtinguere placuit, hoc ſuppoſito, limitationes quas *AUTOR* ſubjicit, facilè defendi poſſunt, valor enim, quem lex humana regulariter pacto cuidam abjudicat, poſitis certis circumſtantiis ei omnino tribui poteſt. Interim fatendum, quod ſæpe interpretes non

tam

jure certo, quam lubricis hypothesibus ac rationibus non adeò solidis, talia adstruant, quo casu iis nihil dandum, nisi observantiâ illa comprobata sint.

OBSERV. DCCXLI.

Hac quidem non sunt ipso jure nulla) Hoc pro regula supponendum videtur, cum enim testes regulariter ad probationem pertineant, sine hac autem negotium valeat, hinc etiam sonsalia sine testibus celebrata, tamdiu pro validis habenda sunt, donec ex statutis contrarium probetur. In Saxonia Electorali res certa est & talia sponsalia clandestina nullius sunt momenti. *vid. CARPZ. J. E. l. 2. D. 32. seqq.* Aliàs dissentientes non tam probant, quod sponsalia ejusmodi generaliter improbrata sint, sed solum, quod ab imperio civili improbari queant. *vid. STRYK de dissens. sponsalit. sect. 1. §. 36. sect. 4. c. 1. §. 29. seqq. in not. ad Brunneman. J. E. l. 2. c. 16. §. 12.*

OBSERV. DCCXLII.

Pura fiunt consensu simplici) Hæc ergo divisio, cum prima, qua in sponsalia de præsenti & de futuro distinguuntur, ex sententia *AUTORIS* coincidunt, cui doctrinæ ansam præbuisse censetur *LUTHERUS, vid. CARPZOV. J. E. l. 2. D. 20. STRYK de dissens. sponsal. sect. 1. §. 23.* De cætero illa promiscua acceptio admitti potest, modo scriptores suæ suppotionis semper sint memores, nec ambiguitate vel se ipsos vel alios fallant, quod nonnunquam fieri ex collatione doctrinæ, quam *CARPZOV. J. E. l. 2. D. 18. 20. 21. 174.* proponit, intelligi potest, *vid. STRYK d. l. §. 33.*

OBSERV. DCCXLIII.

Impossibilis conditio hic plerumque detrahitur) Exceptio

ceptio est in conditionib9 turpibus, quæ matrimonii substantiæ repugnant, hæ enim vitiant pactum matrimoniale, *d. c fin. X. de condit. appos.* de cætero sanctio illa juris Canonici absurda ac rejicienda nonnullis videtur, cum enim conditio impossibilis faciat orationem negativam juxta interpretationem naturalem, detractio conditionis, invitos in societatem conjugalem cogit, *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 16. §. 14. ibique Stryk THOMAS. dissert. de valid. conjug. invit. Parent. contract. §. 8. STRYK de dissens. sponsal. sect. 2. §. 21. 22. 23. sect. 4. c. 1. §. 18. seqq.*

Observ. DCCXLIV.

Fiunt consensu sponsalitio lit. C.) Hoc caput plenius repræsentavi in specim. Jur. Eccles. *d. l. 4 c. 1 §. 23. seqq.* ex doctrina *CARPZOVII J. E. l. 2. D. 17. seqq.* & *STRYKII de dissens. spons. sect. 1.* ubi de metu, dolo, errore, jocosa & inconsulta promissione, de Parentum consensu ac testium necessitate fuit actum, quæ huc transcribere non attinet.

Observ. DCCXLV.

Facilioris probationis gratiâ accedunt arrhæ) Hæ non tantum sponsæ dantur, quod *AUTOR* aliique volunt, *vid. STRYK ad Brunnem. J. E. l. 2. c. 16. §. 4.* sed & sponso. Quod vero acquisitionem vel amissionem arrharum attinet, hodie diversi casus sunt distinguendi. Si (1.) *matrimonium sequatur*, tum pars utraque arrhas retinet, nec admittenda est eorum sententia, qui eas ad eum redire volunt, â quo profectæ erant. Si (2.) *non sequatur ob mortem alterius*, tum hodie idem obtinet quod in casu præcendente, adeo ut promissæ arrhæ â defuncti hæredibus quoque exigi queant, hinc hactenus *l. 3. C. h. t.* quam *AUTOR* allegat,

gat, hodie non obtinet. *vid.* *STRYK d. l.* ubi præjudicio hoc confirmat. Si vero (3.) *nuptiæ non sequantur ideo, quod sponsalia sint ob metum, dolum vel consensus Parentum defectum nulla, aut ob causam supervenientem, ut homicidium, morbum &c. solvantur, vid.* specim. Jur Eccles. *d. c. 1. §. 40. 41. 42.* tum arrhæ ab utraque parte sunt restituendæ, *vid. CARPZOV. J. E. l. 2. D. 51. STRYK de dissens. sponsal. sect. 4 c. 5. §. 10.* Idem dicendum esset, si (5.) *mutuo dissensu â sponsalibus recedatur,* admissa scilicet eorum sententia, qui hoc modo sponsalia solvi posse censent, de qua postea videbimus. Quodsi denique (6.) *matrimonium non sequatur culpa unius,* ut si v. gr. sponsus matrimonium cum alia ineat, aut ob implacabile odium, sponsæ jungi nolit, tum nocens pars arrhas perdit, hinc innocens acceptas retinet & datas recuperat, *vid. STRYK d. sect. 4. c. 5. §. 10.* sed in Saxonia Electorali nocentis arrhæ consistorio cedunt, *CARPZOV. J. E. l. 2. D. 64.* quod speciale est.

2. An poena sponsolibus adjici queat, quæritur? Negant hoc communiter, ita tamen ut salvis sponsalibus, obligatio poenalis saltem sit nulla *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 16. §. 4. ibique Strykin not.* Verum in illum eventum cum effectu poena promitti potest, ut, sponsalibus unius culpâ non procedentibus, pars læsa poenam, loco ejus quod interest, exigat *vid.* Specim. Jur. Eccles. *d. c. 1. §. 31. STRYK. de dissens. sponsal. sect. 1. §. 13. 14.* De cætero cum mentio poenæ, sit clausula mali ominis, non temere eam sponsalibus adjectum iri putem.

OBSERV. DCCXLVI.

Aliud est sponsalitia largitas) Eam tamen ab arrhis, quoad

quoad jus acquiſitionis & amiſſionis, non differre, omnino arbitror, hinc quæ *AUTOR* de interventu Oſculi dicit, hodie non obtinere, è contrario quæ de arrhis *Obſerv. prac.* dixi, hic etiam obſervanda eſſe exiſtimo. Sane *CARPZOV*, qui obſervantias matrimoniales ſatis aliàs annotare ſolet, de diſcrimine arrharum & ſponſalitiæ largitatis, quoad effectum juris, nihil, quod ſciam, ullibi commemorat. Contra illa *J. E. l. 2. D. 51. n. 15.* conjungi videntur in verbis: So wird angeregte Zuſage der Ehe, vor heimlich und unbündig billig erkennet, derowegen ſie einander die Ringe und andere Geſchencke wieder auszuantworten pflichtig. Sed de hoc rerum forenſium periti amplius viderint.

Observ. DCCXLVII.

Nuptias regulariter contrahunt) De perſonis nuptias aut ſponſalia inituris non operoſa eſt diſquiſitio. Requiritur in iis (1.) *facultas conſentiendi*, *vid. CARPZOV. J. E. l. 2. D. 26.* quod requiſitum pacta matrimonialia cum aliis pactis commune habent; (2.) *facultas generandi*, ſi non actualis, ſaltem potentialis; (3.) *facultas moralis*, quæ regulariter adeſſe cenſetur, hinc reſtrictio probanda, de cætero eam faciunt aliquando leges divinæ, aliquando humanæ. Quæ de objecto ſponſaliorum dicuntur *lit. O.* recte ſe habent, nam ſonſalia, quicquid etiam alii diſſentiant, nihil aliud ſunt, quam pactum de nuptiis.

Observ. DCCXLVIII.

Sponſalia producunt obligationem ad matrimonium implendum) De obligatione ſponſaliorum ex communibus pactorum principiis judicari debet, hinc ab obligatione ſemel legitime conſtituta, alter, altero invito,

vito, se liberare nequit, sed potius juxta mensuram dati consensus, eam implere tenetur, mutuo verò dissensu vinculum illud tolli potest, modo res in terminis consensus sponsalitii substiterit, interim contraria sententia vulgo invaluit, de qua mox iterum videbimus. Quodsi sponsalia sint de futuro seu conditionata, tum ab eventu conditionis eorum valor dependet, interim partes pœnitere nequeunt, quod *CARPZOV d. l. 2. D. 21.* recte quidem contra alios defendit, sed eum sibi parum constare, liquet ex *l. 5. R. 109. n. 5.* sponsalia autem ab impuberibus contracta, non tam sponsalia, quam potius pacta, de sponsalibus post pubertatem, si ita paciscentibus placeat, ineundis, sunt, hinc etiam juxta modum hunc saltem obligant, *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 16. §. 11. ibique Stryk. SPECKH. Centur. 3. Cl. 1. qu. 6. STRYK de dissens. sponf. sect. 4. c. 1. §. 12. 13. add.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 1. §. 28. 29. 32. 33. 34.*

OBSERV. DCCXLIX.

Plura sponsalia contrahere) De concursu & prærogativa plurium sponsaliorum, ut & de satisfactione parti læsæ præstanda, distinctius pleniusque paululum egi in Specim. Jur. Eccles. *d. l. §. 49. seqq.* adductis Autoribus, amplius ea illustrantibus, quæ huc transscribere non opus. In genere saltem observandum, quod assertiones *AUTORI* hic probatæ, facilè defendi queant, si præsupponas, quod sponsaliorum valor unicè à voluntate paciscentium & lege humana dependeat.

OBSERV. DCCL.

Solvuntur lit. C.) De contrariis sponsaliorum ita plenius dicendum; Vel *sponsalia nulla declarantur* vel,

beri queat, æquum arbitrer, sed hoc nihil obstat, quo minus regulæ de testibus cogendis inhæreamus.

OBSERV. DCCXXXIII.

Testes coguntur nonnunquam) Obligatio ad testimonium perhibendum ex regulis Socialitatis utique fluit, quemadmodum ex iisdem principiis testimonium ab hoc vel illo exigere quandoque prohibemur, sed illa vincula, ob varietatem circumstantiarum, nonnunquam laxiora sunt, hinc lex positiva ea certius determinat, ut hoc sensu testium obligatio & coactio ei recte adscribatur.

OBSERV. DCCXXXIV.

Etiam Clerici in causa Laicorum) Duplex quæstio est (1.) an Clerici cogantur testimonium reddere (2.) an jurare debeant? Utraq; affirmatur, sed tum præcipuè obstat (1.) *auth.* sed judex *C. de Episcop. & Cler.* verum discrepat illa â suo fonte *Nov. 123. c. 7.* hæc vero non remittit jusjurandum, sed peculiarem saltem jurandi modum, qui scilicet fit tactis Evangeliis, quæ conjectura juvatur per *c. 7. X. de juram. calumn. add. distinct. 85. c. 1.* (2.) *l. 7. C. de Episcop.* sed hic textus per subjectam avthenticam restringitur, præterea agit saltem de Episcopo, â quo ad Clericos in genere, imo in specie ad Superintendentes nostros, quorum quippe dignitas longe inferior, inferre non licet (3.) *l. 25. §. 1. in fin. C. eod.* sed verba generaliter posita ad cautionem, de qua ibi est quæstio, restringi debent (4.) *can. 38. qu. 6. caus. 2.* circa quem responsio, *quod loquatur de judice vel arbitro, ad testimonium non cogendo.* non sufficit, cum addatur clausula generalis: *& nulla ad testimonium dicendum, ecclesiastici cujuslibet persona pulsetur*, forte pro *cujuslibet* legendum: *ejuslibet*

libet, ut propositio ad præcedentia referatur. Illud in genere adjicerem, hodie in decidendis hujus generis quæstionibus parum de jure civili & canonico, papatum redolentibus, laborandum esse, cum potius obligatio Clericorum nostratium ex genuinis principiis politicis, quæ Protestantes sequuntur, repetenda sit.

OBSERV. DCCXXXV.

In suis ædibus examinantur) Quæ hic & in sequentibus positionibus *AUTOR* de modo, per testes probandi, innuit, illa præcipue ex Ordinationibus Judiciorum peculiaribus, non jure civili repetenda esse, facilè liquet. In Saxonia ita fere juris est: Postquam sententia, qua probatio injuncta, vires rei judicatæ accepit, intra terminum Saxonicum, articuli probatorii cum nominibus Testium & directorio judici debent offerri, qui eos parti adversæ, cum facultate conficiendi interrogatoria, communicat, ac simul terminum Productionis, ei cæterisque quorum interest, intimat. Adveniente Termino testes producuntur ab actore, reus vero interrogatoria offert, ac si testes admittat, exceptiones tam contra eorum personam, quam testimonium sibi reservat, quo facto testes in præsentia partium, juramento obstringuntur, ac postea sigillatim & secreto â judice examinantur & inde Rotulus conficitur, qui in certo termino, citatis ad hoc partibus, publicatur, post quam publicationem, Partium disputatio sequitur. Sed Reus, Reprobationem peracturus, Publicationem differri curat, donec ipse Reprobationem absolverit, quo facto Probatio & Reprobatio simul publicantur & disputantur. Sed hæc certius efficaciusque trimura fori insinuat.

TIT. VI.
DE JURIS ET FACTI IGNORANTIA.
OBSERV. DCCXXXVI.

I*Gnorantia*) Nimis ſero nunc demum ignorantia juris & facti explicatur. Cujusvis Jurisprudentiæ ſcopus eſt, dirigere actiones hominum juxta leges, hinc ſub initium de actionibus humanis quædam commemoranda vel præſupponenda ſunt, in quem locum etiam pertinet conſideratio ingnorantiæ, utpote quæ Menti, velut actionum humanarum principio, nonnunquam obrepere ſolet. Ex hac autem doctrina generali, omnibusque hominibus communi, deinceps concluſiones ſpeciales eliciendæ ac materiæ propriæ hinc inde applicandæ ſunt.

LIB. XXIII. TIT I.
DE SPONSALIBUS.
OBSERV. DCCXXXVII.

C*Omputatio graduum*) Incongruè hæc *AUTOR* præmiſit, cum optimè proponi potuerint, quando ſubjectum vel Sponſaliorum vel Nuptiarum expenditur. Rem ipſam propoſui in Specim. Jur. Eccleſ. *l. 4. c. 3.* ubi de natura conſanguinitatis & affinitatis, de varietate & habitu ſchematum, quibus illæ repræſentari ſolent, de generibus affinitatis diſtinctius pleniusque forte diſſerui, quam vulgo fieri ſolet. Inprimis oſtendi, quod ſine ratione Jus Civile & Canonicum in computanda cognatione collaterali, diſſidere vulgò exiſtimetur, cum illud Collaterales inter ſe computet, hoc autem eorum à comuni ſtipite, deſcenſum ſignet,

signet, quæ perinde sibi non contradicunt, ac jus civile sibi ipsi contrarium non est, quod fratres *duobus gradibus* à se invicem distare, & eos tamen *unum gradum* obtinere dicat *vid.* §. *ult. J. de cap. dimin.* quæ loquendi ratio in aliis etiam cognatis sæpe occurrit, cum diversus respectus, contradictionem excludens, nimis sit manifestus, sed cum de hoc plena manu alibi egerim, illa huc transscribere non attinet.

Observ. DCCXXXVIII.

Sponsalia) Homines ad genus suum propagandum, ex præscripto juris naturalis obligantur, ita quidem ut futuram propagationem pacto aliquo circumscribere debeant, nam promiscua & pecunia propagandi ratio naturæ hominis rationali & sociali repugnat, id quod leges promulgatæ & secuta hominum praxis satis etiam confirmant. Cum autem propagationis gratiâ, ineunda societas magni sit momenti & indissolubilis, hinc in eam inconsulto affectu ruere haut decet, sed potius magna circumspectione hic opus est, hinc actus, quo illa producitur, variis gradibus distingui solet. Occurrunt enim (1.) tractatus præliminaris, die Anwerbung, (2.) ejus acceptatio das Jawort seu pactum de sponsalibus celebrandis, (3.) sponsalia, seu promissio nuptiarum, & denique (4) ipsæ nuptiæ, quibus in cohabitationem perpetuam ac statim secuturam consentitur. Posse hos gradus, permittentibus legibus divinis, homines discernere, solere etiam id facere, certum utique est, licet, si talis consuetudo alicubi vigeat, ideò opus non sit, ut quoad singula matrimonia, omnes illi gradus præcise discernantur. Quid verò hæc aut illa gens facere fuerit solita vel soleat, id una regula definiri nequit. In spe-

cie de jure Romano, Canonico & moribus nostris disquiritur, de quo aliqua retuli in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 1. §. 3. seq.* Mihi communi sensui obloqui videntur, qui sponsaliorum & nuptiarum discrimen, quoad mores nostros negant, cum enim & discernendi libertas adsit, & actus diversi diversis sub nominibus celebrentur diversosque habeant effectus, quid magis improbabile esse potest, quam identitatem nihilominus asserere? inprimis definitio *AUTORIS*, sponsalia nostri temporis exactè refert. Interim cum magna sit sententiarum varietas, hinc sæpe fit, ut illi qui discrimen sponsaliorum & nuptiarum recte adstruunt, tamen in conclusionibus specialibus sibi contradicant, dum eosdem effectus utrinque nonnunquam asserunt, aliquando negant.

OBSERV. DCCXXXIX.

Sunt de futuro) Quoad hanc divisionem variæ sunt sententiæ, mihi in d. Specim. Jur. Eccles. *d. l.* §. *20.* eorum placuit opinio, qui per sponsalia de futuro, intelligunt *pactum de sponsalibus*, das Jawort, per sponsalia de præsenti, *ipsa sponsalia c. pen. X. de sponsal.* quam si admittas, divisio hæc sub definitione allata non continetur sed est præmittenda est. *vid. STRYK de dissens. sponsal. sect. 1.* §. 18. *seqq.*

OBSERV. DCCXL.

Publica) Hæc divisio sponsaliorum est ex jure humano, cui, pro diverso contrahendi modo, valorem distinguere placuit, hoc supposito, limitationes quas *AUTOR* subjicit, facilè defendi possunt, valor enim, quem lex humana regulariter pacto cuidam abjudicat, positis certis circumstantiis ei omnino tribui potest. Interim fatendum, quod sæpe interpretes non tam

jure certo, quam lubricis hypothesibus ac rationibus non adeò solidis, talia adstruant, quo casu iis nihil dandum, nisi observantiâ illa comprobata sint.

OBSERV. DCCXLI.

Hac quidem non sunt ipso jure nulla) Hoc pro regula suponendum videtur. cum enim testes regulariter ad probationem pertineant, sine hac autem negotium valeat, hinc etiam sonsalia sine testibus celebrata, tamdiu pro validis habenda sunt, donec ex statutis contrarium probetur. In Saxonia Electorali res certa est & talia sponsalia clandestina nullius sunt momenti, *vid. CARPZ. J. E. l. 2. D. 32. seqq.* Aliàs dissentientes non tam probant, quod sponsalia ejusmodi generaliter improbrata sint, sed solum, quod ab imperio civili improbari queant. *vid. STRYK de dissens. sponsalit. sect. 1. §. 36. sect. 4. c. 1. §. 29. seqq. in not. ad Brunneman. J. E. l. 2. c. 16 §. 12.*

OBSERV. DCCXLII.

Pura fiunt consensu simplici) Hæc ergo divisio, cum prima, qua in sponsalia de præsenti & de futuro distinguuntur, ex sententia *AUTORIS* coincidunt, cui doctrinæ ansam præbuisse censetur *LUTHERUS, vid. CARPZOV. J. E. l. 2. D. 20. STRYK de dissens. sponsal. sect. 1. §. 23.* De cætero illa promiscua acceptio admitti potest, modo scriptores suæ suppotionis semper sint memores, nec ambiguitate vel se ipsos vel alios fallant, quod nonnunquam fieri ex collatione doctrinæ, quam *CARPZOV. J. E. l. 2. D. 18. 20. 21. 174.* proponit, intelligi potest, *vid. STRYK d. l. §. 33.*

OBSERV. DCCXLIII.

Impossibilis conditio hic plerumque detrahitur) Ex-

ceptio est in conditionib9 turpibus, quæ matrimonii substantiæ repugnant, hæ enim vitiant pactum matrimoniale, *d. c fin. X. de condit. appos.* de cætero sanctio illa juris Canonici absurda ac rejicienda nonnullis videtur, cum enim conditio impossibilis faciat orationem negativam juxta interpretationem naturalem, detractio conditionis, invitos in societatem conjugalem cogit, *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 16. §. 14. ibique Stryk THOMAS. dissert. de valid. conjug. invit. Parent. contract. §. 8. STRYK de dissens. sponsal. sect. 2. §. 21. 22. 23. sect. 4. c. 1. §. 18. seqq.*

OBSERV. DCCXLIV.

Fiunt consensu sponsalitio lit. C.) Hoc caput plenius representavi in specim. Jur. Eccles. *d. l. 4 c. 1 §. 23. seqq.* ex doctrina *CARPZOVII J. E. l. 2. D. 17. seqq.* & *STRYKII de dissens. spons. sect. 1.* ubi de metu, dolo, errore, jocosa & inconsulta promissione, de Parentum consensu ac testium necessitate fuit actum, quæ huc transcribere non attinet.

OBSERV. DCCXLV.

Facilioris probationis gratiâ accedunt arrhæ) Hæ non tantum sponsæ dantur, quod *AUTOR* aliique volunt, *vid. STRYK ad Brunnem. J. E. l. 2. c. 16. §. 4.* sed & sponso. Quod vero acquisitionem vel amissionem arrharum attinet, hodie diversi casus sunt distinguendi. Si (1.) *matrimonium sequatur*, tum pars utraque arrhas retinet, nec admittenda est eorum sententia, qui eas ad eum redire volunt, â quo profectæ erant. Si (2.) *non sequatur ob mortem alterius*, tum hodie idem obtinet quod in casu præcendente, adeo ut promissæ arrhæ â defuncti hæredibus quoque exigi queant, hinc hactenus *l. 3. C. h. t.* quam *AUTOR* allegat,

gat, hodie non obtinet. *vid.* STRYK *d. l.* ubi præjudicio hoc confirmat. Si vero (3.) *nuptiæ non sequantur ideo, quod sponsalia sint ob metum, dolum vel consensus Parentum defectum nulla, aut ob causam supervenientem, ut homicidium, morbum &c. solvantur, vid.* specim. Jur Eccles. *d. c. 1.* §. 40. 41. 42. tum arrhæ ab utraque parte sunt restituendæ, *vid.* CARPZOV. *J. E. l. 2. D. 51.* STRYK *de dissens. sponsal. sect. 4 c. 5.* §. 10. Idem dicendum esset, si (5.) *mutuo dissensu à sponsalibus recedatur,* admissa scilicet eorum sententia, qui hoc modo sponsalia solvi posse censent, de qua postea videbimus. Quodsi denique (6.) *matrimonium non sequatur culpa unius*, ut si v. gr. sponsus matrimonium cum alia ineat, aut ob implacabile odium, sponsæ jungi nolit, tum nocens pars arrhas perdit, hinc innocens acceptas retinet & datas recuperat, *vid.* STRYK *d. sect. 4. c. 5.* §. 10. sed in Saxonia Electorali nocentis arrhæ consistorio cedunt, CARPZOV. *J. E. l. 2. D. 64.* quod speciale est.

2. An pœna sponsolibus adjici queat, quæritur? Negant hoc communiter, ita tamen ut salvis sponsalibus, obligatio pœnalis saltem sit nulla *vid.* BRUNNEM. *J. E. l. 2. c. 16.* §. 4. *ibique Strykin not.* Verum in illum eventum cum effectu pœna promitti potest, ut, sponsalibus unius culpâ non procedentibus, pars læsa pœnam, loco ejus quod interest, exigat *vid.* Specim. Jur. Eccles. *d. c. 1.* §. 31. STRYK. *de dissens. sponsal. sect. 1.* §. 13. 14. De cætero cum mentio pœnæ, sit clausula mali ominis, non temere eam sponsalibus adjectum iri putem.

OBSERV. DCCXLVI.

Aliud est sponsalitia largitas) Eam tamen ab arrhis, quoad

quoad jus acquisitionis & amissionis, non differre, omnino arbitror, hinc quæ *AUTOR* de interventu Osculi dicit, hodie non obtinere, è contrario quæ de arrhis *Observ. prac.* dixi, hic etiam observanda esse existimo. Sane *CARPZOV*, qui observantias matrimoniales satis aliàs annotare solet, de discrimine arrharum & sposalitiæ largitatis, quoad effectum juris, nihil, quod sciam, ullibi commemorat. Contra illa *J. E. l. 2. D. 51. n. 15.* conjungi videntur in verbis: So wird angeregte Zusage der Ehe, vor heimlich und unbündig billig erkennet, derowegen sie einander die Ringe und andere Geschencke wieder auszuantworten pflichtig. Sed de hoc rerum forensium periti amplius viderint.

Observ. DCCXLVII.

Nuptias regulariter contrahunt) De personis nuptias aut sponsalia inituris non operosa est disquisitio. Requiritur in iis (1.) *facultas consentiendi*, *vid. CARPZOV. J. E. l. 2. D. 26.* quod requisitum pacta matrimonialia cum aliis pactis commune habent; (2.) *facultas generandi*, si non actualis, saltem potentialis; (3.) *facultas moralis*, quæ regulariter adesse censetur, hinc restrictio probanda, de cætero eam faciunt aliquando leges divinæ, aliquando humanæ. Quæ de objecto sponsaliorum dicuntur *lit. O.* recte se habent, nam sonsalia, quicquid etiam alii dissentiant, nihil aliud sunt, quam pactum de nuptiis.

Observ. DCCXLVIII.

Sponsalia producunt obligationem ad matrimonium implendum) De obligatione sponsaliorum ex communibus pactorum principiis judicari debet, hinc ab obligatione semel legitime constituta, alter, altero invito,

vito, se liberare nequit, sed potius juxta mensuram dati consensus, eam implere tenetur, mutuo verò dissensu vinculum illud tolli potest, modo res in terminis consensus sponsalitii substiterit, interim contraria sententia vulgo invaluit; de qua mox iterum videbimus. Quodsi sponsalia sint de futuro seu conditionata, tum ab eventu conditionis eorum valor dependet, interim partes pœnitere nequeunt, quod *CARPZOV d. l. 2. D. 21.* recte quidem contra alios defendit, sed eum sibi parum constare, liquet ex *l. 5. R. 109. n. 5.* sponsalia autem ab impuberibus contracta, non tam sponsalia, quam potius pacta, de sponsalibus post pubertatem, si ita paciscentibus placeat, ineundis, sunt, hinc etiam juxta modum hunc saltem obligant, *vid. BRUNNEM. J. E. l. 2. c. 16. §. 11. ibique Stryk. SPECKH. Centur. 3. Cl. 1. qu. 6. STRYK de dissens. sponſ. sect. 4. c. 1. §. 12. 13. add.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 1. §. 28. 29. 32. 33. 34.*

OBSERV. DCCXLIX.

Plura sponsalia contrahere) De concursu & prærogativa plurium sponsaliorum, ut & de satisfactione parti læsæ præstanda, distinctius pleniusque paululum egi in Specim. Jur. Eccles. *d. l. §. 49. seqq.* adductis Autoribus, amplius ea illustrantibus, quæ huc transscribere non opus. In genere saltem observandum, quod assertiones *AUTORI* hic probatæ, facilè defendi queant, si præsupponas, quod sponsaliorum valor unicè à voluntate paciscentium & lege humana dependeat.

OBSERV. DCCL.

Solvuntur lit. C.) De contrariis sponsaliorum ita plenius dicendum; Vel *sponsalia nulla declarantur*

vel,

vel, *cum valida essent, solvuntur.* Prius contingit, si requisita necessaria deficiant, vel non sequantur, hinc si dolo, metu aut ex ebrietate sponsalia sint inita, vel conditio adjecta deficiat, aut conditionis impossibilis additio, defectum consensus arguat, vel eror efficax interveniat, tum sponsalia ab initio sunt invalida ac â Magistratu saltem nulla declarantur, quæ prolixe persequitur. *STRYK de dissens. sponsal. sect.* 2. §. *9. seqq. add. ID. in not. ad Brunnem. l.* 2. *c.* 16. §. 12. *p.* 603. Idem dicendum, si consensus Parentum deficiat *vid. CARPZOV. J. E. l.* 2 *D.* 50. 51. *STRYK ad Brun. d. l. p.* 605. specim. jur. Eccles. *d. l.* §. 35. 36. 37. 38. Posterius, ut nempe sponsalia valida solvantur, accidit (1) *morte n.* 1. *b.* nec hodie arrhæ sunt restituendæ, *vid.* Observ. 745. *n.* 2. (2.) *unius renunciatione n.* 2. *b.* non tamen mere arbitrariâ, qualis jure Romano obtinuit *l.* 1. *C. de sponsal. l.* 2. 5. *C. de repud.* sed quæ justam causam præsupponat, nimirum si ea sequantur, quæ quis velut absfutura consideraverat, tum â sponsalibus recedere potest, quorsum pertinent ea quæ *n.* 3. h. recensentur, modo malitiosam desertionem & inimicitias excipias, *vid.* Specim. jur. Eccles. *d. l.* §. 39. 40. 41. 42. (3.) *mutuo dissensu*, ceu recte contendit *STRYK dissens. sponsal. sect.* 3. quem retuli & probavi in *d.* specim *d. l.* §. 44. 45, interim sententia contraria in praxi fere obtinet. Non etiam (4.) *unius perfidia*, quare si quis ob prætensas inimicitias recedere velit, audiendus non erit, nisi gravius quid ex consummatione sponsaliorum metuatur. *vid.* Specim. jur. Eccles. *d. l.* §. 43. porro si quis malitiose alterum deserat, non ideo tamen â vinculo sponsalitio liberatur, pars vero innocens, in ultionem velut perfidiæ,

fidiæ, recedere potest, & quidem sine prævio desertionis processu, si admittas sententiam, quam *n. 3.* retuli, sed cum illa vulgo displiceat, hinc ex hac hypothesi desertionis processus requiritur. *vid.* Specim. Jur. Eccl. *d. l.* §. *46. l. 5. c. 6.* §. *28.*

Observ. DCCLI.

Lapsu temporis) Hic frustra inter modos tollendi sponsalia referri videtur, nam de jure civili tempus nullum fuit expectandum, cum simplici renunciatione discedere à sponsalibus licuerit, quod amplius ostendi in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c.* 1. §. *47.* de jure autem Canonico & communi Consistoriorum Praxi lapsus temporis per se nihil operatur, sed contra absentem desertionis processus institui, ac hac ratione parti innocenti prospici debet. *d. c.* 1. §. *48.*

Observ. DCCLII.

Dissolutis sponsalibus) De præstationibus, quæ solutis sponsalibus fieri debent, judicandum est ex diversitate casuum & modorum, quibus sponsalia tolluntur, de quibus observ. 750. dictum, singulis autem fere casibus præstationes faciendas subjunxi in Specim, Jur. Eccles. *l. 4. c.* 1. §. *35. seqq. usque ad fin.* summa eo redit: Si sine culpa paciscentium, sponsalia non procedant, tum unicuique suum restituatur, nisi in retentionem mutuam consensum sit, si verò culpa alterius id accidat, tum pars innocens, indemnis servari debet, imo id quod accepit, lucratur nisi aliud constitutum, nocens vero insuper quandoque punitur.

Tit.

TIT. II.

DE RITU NUPTIARUM.

OBSERV. DCCLIII.

N*Uptiæ*) Possunt accipi vel pro *pacto* vel pro *societate*, quæ ex illo oritur. Hoc sensu est *Societas à Viro & fæmina habili, consensu vero ac hierologia similive actu, confirmato, ob procreationem sobolis & individuam vitæ consuetudinem, inita, vid.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 2. §. 1. 2. add. EKHOLT ad ff. h. DONEL. l. 13. c. 18. lit. ff. ibique Hillig.*

OBSERV. DCCLIV.

Sunt vel publicæ) Nuptiæ sunt nomen legitimum, hinc liquet, quod hæc divisio vel omnino rejicienda, vel pro valde impropria habenda sit, nuptiæ enim clandestinæ, revera non sunt nuptiæ, sed vel conjunctio penitus illicita vel saltem imperfecta, concumbendi licentiam haut involvens, interim liberis post sponsalia legitima natis, jura liberorum legitimè natorum tribui possunt, quod in Saxonia factum *DECIS. SAXON. 40.*

OBSERV. DCCLV.

Ratum sed non legitimum) Hanc divisionem introduxit jus Canonicum, & ejus quidem fundamentum in diversitate legum quæritur, si enim leges divinæ tantum observentur, neglectis solennitatibus humanis, tum est matrimonium *ratum sed non legitimum*, si verò vice versa, leges humanæ attendantur, insuper habito jure divino, ut si divortia ac Polygamia permittantur, tum est *legitimum sed non ratum*, si denique jus divinum & humanum observetur, *ratum & legitimum simul.* vid. *LANCELL. J. J. Can. l. 2. tit. 12. §. 11.*

Est

Eſt autem tota hæc diviſio, exigui vel nullius uſus, nam ſi aliqua gens legem divinam non admittat, tum matrimonium ſine ea contractum, in illa gente nihilominus plane juſtum erit, quo loco verò alia gens id habere velit, id perinde eſt. Porro leges humanæ quoque obſervandæ erunt, alias matrimonium non erit juſtum, quodſi verò leges non ita ſtricte aliquid exigant, adeo ut ſine eo matrimonium contrahi queat, tum etiam ejus neglectus matrimonii moralitatem non mutabit, ſed negligentes ſaltem pœna aliqua afficientur.

OBSERV. DCCLVI.

Juſtum quod ſecundum leges) Hæc diviſio rejici debet, conjunctio enim legibus contraria, nomen matrimonii non meretur. Idem forte dicendum de altera diviſione, nam matrimonium præſumtum, quatenus vero opponitur, itidem pro matrimonio haberi nequit, & neſcio, qua fide *AUTOR* aſſerat, quod tale hodie paſſim inter milites fiat.

OBSERV. DCCLVII.

De proclamatione) Cum per hanc conſenſus matrimonialis aliis indicetur, merito eam huic *AUTOR* ſubjungere debuiſſet. Fundamentum ejus eſt in *c. fin. X. de cland. deſpon.* alias totum actum peculiari diſſertatione expoſuit *Dn. D. BORN de* Bannis nuptialibus *Lipſ. 1693.* ſumma capita quoque recenſui in Specim. Jur. Eccleſ. *l. 4. c. 2. §. 20. ſeqq.*

OBSERV. DCCLVIII.

Fit matrimonium lit. C.) Conſenſus dubio procul facit matrimonium, ejus vero requiſita, ad quæ *AUTOR* hic reſpicit, ita proponi poſſunt. Debet eſſe (1.) *verus* (2.) *ſerius* (3.) *plenus* Parentum ſcilicet conſenſu

ſtipatus ac (4.) regulariter poſt proclamationem, *coram ſacerdote benedicturo declarandus*, de quibus dixi fuſius in Specim. J. E. *d. c. 2. §. 3. 4. 5. 19. usque ad 44.* quæ huc transferre, nimis putidum foret.

OBSERV. DCCLIX.

Contrahunt nuptias vir & uxor lit. S.) Uxor dici ita creditur quaſi *Unxor*, quia ad limen mariti veniens domus poſtes inungebat *HILLIG. ad Donell. l. 13. c. 18. lit. m. m.* Uxorem eſt *nubere* non *ducere*, hoc tamen de iis etiam dicitur in *l. 3. C. ſolut. matrim.* & veteres ſæpe ita locutos eſſe putat *HILLIG. d. l.* alias de habilitate & numero perſonarum, nuptias contracturarum egi in S. J. E. *d. c. 2. §. 6 7. 8. 9.* ſimultaneæ Polygamiæ prohibitio communiter juri divino poſitivo univerſali tribuitur, quod *d. c. 2. §. 7.* ſecutus ſum, ſed non caret ratione ſententia, quæ ex ipſo jure naturali prohibitionem repetit, quam *AUTOR*, mente licet parum firma, hic proponit, & quam fortaſſis alibi plenius deducam.

OBSERV. DCCLX.

Succesſiva honeſta eſt & licita) Succesſiva Polygamia ſeu ſecundæ nuptiæ, honeſtæ dicuntur ſenſu negante, quod ſcilicet non ſint turpes, non vero affirmante, quod ſint præciſe præceptæ. De cætero de earum moralitate, requiſitis, tempore luctus, probatione mortis prioris conjugis, de hujus reditu, præter intentionem eveniente, ac prioris & poſterioris matrimonii prærogativa, aliisque huc pertinentibus ex Autoribus propriis nonnulla propoſui in Specim. Jur. Eccleſ. *d. l. 4. c. 2. §. 10. usque ad 19.*

OBSERV. DCCLXI.

Secus eſt, ſi extraneus ita legaverit) Mihi hæc ſen-

ten-

tentia disertis verbis *Nov. 22. c. 44.* §. 8. repugnare semper visa est, ac postea quoque deprehendi, quod in *Edit. 1698.* hic locus ita correctus sit: *Secus esse, si extraneus ita legaverit, putat Franskius d. l. n. 31. sed male per Nov. 22. c. 44. vers.* hanc ipsam *& authent.* cui relictum *C. de indict. vidult. toll. secus autem est, si quis virgini* &c. quæ correctio veritati quidem consentanea est, sed à mente *AUTORIS* fortassis abludit. De cætero ex jure Romano est, quod conditio viduitatis virgini apposita, simpliciter improbetur, nam alias valere illa poterat, quod etiam quoad secundas nuptias, jure civili recentiori receptum est.

OBSERV. DCCLXII.

In linea recta probibentur nuptiæ in infinitum) De prohibitione nuptiarum ob consanguinitatem & affinitatem distinctius paululum egi in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 3.* §. *40. usque ad fin.* adductis Autoribus amplius illa declarantibus. Hoc loco id saltem addo, quod prohibitio inter Parentes & liberos, fratres & sorores, ut & fratrem ac sororem, alteriusque fratris aut sororis liberos, denique inter eos, qui juxta illos respectus affines sunt, quæ communiter ad jus divinum positivum universale refertur, id quod in d. *c. 3.* etiam secutus sum, non male ex ipso jure naturali repetatur, quod alibi forte, rationibus non plane frivolis confirmabo, utut illis, qui angustis socialitatis hypothesibus sunt adsueti, id paradoxon videatur. Illud certum, quod ex hac hypothesi, disciplinis legalibus non leve commodum accrescat, cum leges positivæ divinæ principio Christianis saltem proprio adeoque particulari nitantur, præterea & de earum veritate &

ſenſu, inter ipſos etiam Chriſtianos, multiplex ſit concertatio.

OBSERV. DCCLXIII.

Propter totalem religionis diverſitatem) In civili ſocietate matrimonia inter diverſæ religionis conſortes omnino admitti poſſunt, cum exinde in Rempublicam nullum damnum redundet, conſcientiam autem hominum, lex civilis exacte dirigere nec poſſit, nec debeat. An vero quis ſalva conſcienia matrimonium cum tali conjuge, cujus religionem ſaluti animarum pernicioſam credit, inire queat, alia eſt quæſtio, quæ neganda videtur, cum tanto periculo progeniem ſuam exponere, conſcientiæ minime conveniat; Illud tamen ſuperſtitioſum eſt, quod concubitum cum infideli, velut ſodomiam aut adulterium, puniendum eſſe, nonnulli arbitrentur, quod refert *CARPZOV. d. p. 2. qu. 76. n. 64.*

OBSERV. DCCLXIV.

Effectus ratione conjugum lit. E.) Finis matrimonii eſt, propagatio generis humani, extinctio libidinis & mutuum adjutorium. *vid.* Specim. Jur. Eccleſ. *l. 4. c. 2.* §. *44. 45.* Primus principalis eſſe cenſetur, adeo, ut ſi ille obtineri nequeat, ſocietas conjugalis iniri non debeat, quamvis alii aliter ſentiant, *vid. BRUCKNER. Deciſ. matrim. c. 11.* Effectus autem, quos *AUTOR* hic commemorat, fere ex indole tam arctæ ſocietatis fluunt, adeoque *naturales* ſunt, lex tamen poſitiva nonnulla, ut communionem bonorum, ſucceſſionem & patriam poteſtatem, magis determinat.

OBSERV. DCCLXV.

Poteſtas lit. E.) Imperium maritale vulgo ex jure divino poſitivo univerſali repetitur, hinc maritum

eidem

eidem non posse renunciare amplius deducunt. *vid. THOMAS. J. J. D. l. 3. c. 3. §. 35. seqq.* Verum uti ex textu originali veritas illius imperii amplius ostendi debet, id quod aliis indagandum relinquimus, ita admissa illa Potestas, nihil aliud videtur involvere, quam jus dirigendi societatem conjugalem cæterasque ei connexas, quod marito, ob sexus masculini præstantiam, non immerito asseritur, juxta quæ adeo non tam novi quid jure revelato sancitum, quã id potius, quod ex natura sexus fluit, & naturale est, confirmatum censeri debet. Ex quo facile liquet, quod maritus sine causa uxorem verberare nequeat, imo licet hæc plagas similemve pœnam meruerit, non tamen maritus velut aliquis Magistratus, eas imponere poterit, sed ea res Magistratui ordinario erit relinquenda. Quodsi verò uxor conviciis pravisque moribus iram mariti provocet, ab eoque probe depexa reddatur, id non ex aliquo maritali, sed communi potius defensionis jure resultat.

OBSERV. DCCLXVI.

Contraria matrimonii vide) De his ita pronunciandum: Quædam matrimonium *contrahi impediunt*, de quibus *lit. C.* quæ tamen non indistincte probari debent, *vid.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. C. 1. §. 23. 24 36 37 C. 2. §. 4.* vel *contractum & validum tollunt*, de quibus *lib. seq. tit. 2.* agitur.

OBSERV. DCCLXVII.

Metu contractum ipso jure nullum est) Ad otiosas controversias pertinet illa quæstio, *utrum matrimonium tale sit ipso jure nullum, an stricto jure validum, & rescindendum?* nam utrum assumas, res eodem recidit, neque enim, in hoc quidem exemplo, differentia

tia aliqua, quoad remediorum adhibendorum vel effectum vel durationem, ostendi potest, hinc satis est, si dicas, matrimonium metu initum, esse indalidum aut in effectu non subsistere, quod quamvis leve & vix admonitione dignum videatur, ad notanda tamen præjudicia, ex jure Romano hausta, non incongruê adjicitur.

Observ. DCCLXVIII.

Modo sit persona.) Generaliter hoc verum non est, sed tum demum obtinet, si quis deceptus sit juxta casum *can. un. c. 29. qu. 1.* (is enim intelligendus videtur) alioquin si quis se ipsum deceperit & v. gr. ex duabus filiabus pulchriorem pro primogenita habuerit, cum esset secundogenita, eamque hoc errore â Patre in matrimonium petierit, ac consensum tam Patris, quam filiæ, forte tum absentis, obtinuerit, postea cognitio errore, â sponsalibus semel contractis, vel sponsaliorum promissione recedere nequit, imputet enim sibi, quod ea, quæ animo volverat, clarius non expresserit, jam eum persona illa pulchrior, quam cogitationibus sibi repræsentaverat, ex tempestiva destinatione ad negotium matrimoniale non pertinuerit, error commissus solum pro concomitante, ac consensum necessarium non excludente, haberi debet.

Tit. III.
DE JURE DOTIUM.

Observ. DCCLXIX.

D*Os*) Apud Romanos nulla erat inter conjuges bonorum communio, hinc uxorem ducturus, de dote sollicitus esse debebat, quo onera matrimonii eo commodius ferre posset, nec, omissa illa cura, uxorem totam-

totamque familiam, de suo unicè alere cogeretur. Ex hac ergo hypothesi, dos invaluit, amplamque Jurisprudentiæ Romanæ suggessit materiam, cum vero hodie apud multas gentes, aliqua bonorum inter conjuges sit communio, hinc in iis locis nullum dotium &, quod ex eo consequitur, nullum pactorum dotalium similiumque juris argumentorum esse usum, pertendit *HUBER. in prælect. h. n. 17.* quod refert & probat *Dn. BERGER. in resolut. h.* videtur tamen id non simpliciter admittendum esse, si quis enim filiam, in sacris Parentum adhuc existentem, ac propriis bonis destitutam, ducere velit, ei omnino, nisi solus onera matrimonii ferre velit, de dote erit laborandum, sic etiam foemina dives futurum maritum ab usufructu bonorum suorum excludere, eique certam dotem saltem concedere potest.

2. Postquam verò dos invaluit, ejus indoles, constitutio & effectus ex communibus ferè principiis intelligitur. Quid eo nomine veniat, de quo ab initio h. id ex usu hominum dependet, adeoque ratione communi percipitur, porro constitutio dotis, de qua *lit. C. S. Θ.* ex generalibus alienandi & acquirendi principiis fere fluit, denique effectus *lit. E.* ex natura dominii revocabilis intelligitur. Tandem & ea, quæ cum dote aliquam habent convenientiam *lit. S. S.* aliis etiam gentibus nota sunt, *add. CONSTIT. SAXON. 22. 33. p. 3. DECIS. 51.*

OBSERV. DCCLXX.

Ex juris necessitate à Parente lit. C.) Obligatio Patris, qua ad filiam dotandam teneri dicitur, si promissionem specialem seponas, magis speculatione supponi, quam revera existere videtur, si quis enim ambiat

filiam, semper Patri onus dotandi deprecari licebit, ea ratione, quod filio honestam nubendi conditionem sit repertura, utnt hic procus ejus potiundæ spe excidat, quosi vero sola sponsa contentus sit, deinceps nihil exigere poterit, *vid. STRAUCH differt. 3. §. 4.* Præjudicia, quæ *CARPZOV. d. 2. C. 42. D. 12.* affert, ad casum promissionis specialis pertinere videntur, nisi forte eo casu, ubi initio matrimonio, dos neque promissa, neque negata est, obligatio Patris se exserit, quod non plane ratione caret.

OBSERV. DCCLXXI.

Quæ traditio non facit contractum realem) Vera utique est hæc assertio, sed rationibus non adeo liquidis defenditur, nam intentio maritum obligandi hic quoque, perinde ac in mutuo, afferi potest, actio verò ex stipulatu, de qua in *l. un. C. de R. U. A.* non datur ad dotem *exigendam*, sed *restituendam*, adeoque ad præsens negotium non pertinet. Vera igitur ratio, quare traditio contractum realem hic non efficiat, est, quod illa non ad negotii *perfectionem*, sed *consummationem* spectet, nam sola dotis promissio obligationem efficacem producit, & de jure civili est *pactum legitimum*, nisi verba solennia intervenerint, tum enim erit *stipulatio* seu *contractus verbalis*, *l. 20. 21. de jur. dot.* hodie *contractus consensualibus* eadem recte annumerabitur.

OBSERV. DCCLXXII.

Quantitatis etiam incerta) Ex sententia *AUTORIS* promissio dotis indefinita valet quoad Extraneum, non verò quoad Patrem & Uxorem ipsam. Sed de Patre disertis verbis contrarium dicitur in *l. 69. §. 4. de jur. dot.* hinc *HUBERUS in posit. h. n. 10.* rem fere

inver-

invertit, dicendo, dote simpliciter promissa, extraneum (sub quo etiam Uxorem comprehendere videtur, quia allegat *l. 1. C. de dot. promiss.*) nihil debere, de Patre aliter videri. Sed huic sententiæ, quoad extraneum, obstat *l. 3. C. de dot. promiss.* ex qua liquet, quod promissio extranei indefinita valeat. *STRAUCH dissert. 3. §. 10.* ita distinguit: Aut dos indefinite promissa est adjecto arbitro, aut sine mentione arbitri, illo casu valet promissio, hoc amplius distinguendum putat inter Patrem & mulierem. In illo valet indefinita promissio, quia cum teneatur dotare, etiamsi non promiserit, frustra moras nectit excipiendo, se incertum quid promisisse. Mulier autem vel extraneus (de hoc non loquebatur divisio, sed jam tamen inseritur) non tenentur, quia matrimonium etiam sine dote potest subsistere, in muliere autem nulla est promissio propter incertitudinem. Videtur igitur hæc sententia cum præcedenti coincidere, objectionem autem, quam quoad extraneum ex *l. 3. C. de dot. promiss.* modo fecimus, *STRAUCHIUS* distinctione prima elidere voluit, contendendo scilicet, in *d. l. 3.* promissionem *non simpliciter esse indefinitam*, sed *continere mentionem arbitri*; quamvis de sufficientia responsionis merito dubites, loquitur enim *d. l. 3.* de arbitrio ipsius promissoris, quod sane promissionem non coarctat & magis definitam reddit, nam quid quæso interest, sive dicas *dabo dotem*, sive *dabo dotem meo arbitrio?*

2. Videntur utique interpretes falli, quando promissionis indefinitæ valorem, pro diversitate *personarum promittentium*, modo asserunt, modo negant, nam malis rationibus disparitatem probant. Cum *AUTORI,* extraneum ex promissione indefinita obli-

gari, Patrem & uxorem ipsam non item, videretur rationes utriusque assertionis se habere putavit, cum *STRAUCHIUS* rem fere inverteret, Patrem indefinitæ promissioni subjiciendo, uxorem & extraneum ab eadem liberando, non minus rationes sibi suppetere credidit. Videamus specialius! *AUTOR* hanc rationis diversitatem reddit, *quia cessat ratio favoris dotis*; sensus, nisi fallor, hic est: *in extraneo quamvis occasionem esse velut captandam, ac adeo, ob favorem dotis, quamvis promissionem arripiendam sed in uxore & Patre tanta aviditate opus non esse, cum ad dotem constituendam jam obligentur.* Sed ad hæc responderi potest; ex voto & captatione ejus, qui libenter acquirere vult, valorem promissionum non dependere; falsum esse, quod uxor antecedenter ad dotem constituendam obligetur; ex obligatione autem Patris, si supponatur, id quod infertur, necessario non sequi, cum alii illationem plane contrariam faciant, seu ex illa obligatione, promissionem indefinitam, validam pronuncient. *STRAUCHIUS* Patrem indefinitæ promissioni subjiciebat, *quia ad dotem constituendam antecedentem est obligatus*, sed illationem non esse necessariam, ex eo liquet, quod alii contrarium inde concludant, ceu modo diximus, (nam falsas illationes mutua oppositione perimere licet) extraneum vero ab indefinita promissione absolvebat, *quia matrimonium etiam sine dote potest subsistere*, atqui hæc ratio etiam quoad Patrem potest allegari! deinde nulla plane est consequentia; matrimonium sine dote esse potest, ergo promissio indefinita est invalida! alia est quæstio: an dos præcise sit constituenda? cui negandæ ratio illa allegari potest, & alia: an

pro-

pro missio indefinita valeat? circa quam gratis adducitur. Denique mulierem ideo immunem pronunciabat, *quod nulla fit promissio propter incertitudinem*, quæ manifeste satis id, de quo quæritur, supponit.

3. Hæc cum ita sint, malim in genere dicere, quod promissio dotis indefinita valeat, sive ab uxore, sive Patre, sive extraneo fiat, quia ex conditione promittentis & acceptantis, quantitas, boni viri arbitrio, satis definiri potest, id quod etiam convenit *l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 3. C. de dot. promiss.* nec obstat *l. 1. C. d. t.* quæ unicè in causa fuisse videtur, ut lubricæ distinctiones & rationes excogitarentur, nam promissio invalida ibi est, non tam quod sit *indefinita*, quam quod *nudo pacto facta*, promissio enim dotis, tempore Alexandri, nondum videtur fuisse pactum legitimum, sed hanc demum qualitatem diu post accepisse *arg. l. 6. C. de dot. promiss.* nec sine causa, in *l. 3. C. eod.* quæ Gordiani, non multum ab Alexandro remoti, est, circa promissionem dotis indefinitam, *promissionis rite factæ*, nec non *interpositæ stipulationis* fit mentio.

TIT. IV.

DE PACTIS DOTALIBUS.

OBSERV. DCCLXXIII.

PActa dotalia) Hæc dubio procul sunt juris gentium, & fiunt iis modis, qui in aliqua gente recepti sunt, habentq; etiam eum effectum, qui alias ex ejusmodi actibus resultat, quod hic declaratur. Interim facile liquet, hæc pacta, pro diversis Gentium moribus, diversa solere habere capita; Apud Romanos liberi per separatam œconomiam, aut in specie filiæ,

per

per matrimonium, à Patria potestate non liberabantur, divortia quoque non erant apud illos infrequentia, denique intuitu hæreditatis & successionis pacisci non licebat, quorum omnium consideratio, dubio procul, peculiarem sæpe formam, pactis dotalibus Romanis dedit. Sed in Germania hypotheses illæ cessant, hinc etiam alia pactorum dotalium est ratio. Plerumque illa respiciunt comunionem bonorum, vel etiam successionem, quæ statutis inter conjuges introductæ sunt, dum v. gr. usufructui, quem maritus alias integrum habuisset, modus ponitur, vel portioni statutariæ, quæ uxori alias competiisset, renunciatur. Possunt tamen nonnunquam de ipsa etiam dote fieri, quia hæc non plane exulat, ceu dixi Obs. 760

OBSERV. DCCLXXIV.

Siquidem fiant in modum contractus) Si libere loqui licet, doctrina, quod pacta dotalia vel in modum contractus, vel ultimæ voluntatis fiant, videtur esse inventum Glossatorum & Causidicorum, qui ex captatione verborum, magna actuum juriumque discrimina effinxerunt, non alio fine, quam ut, prout visum fuerit, actus evertere, lites excitare, vel cautelas suas, velut alexipharmaca, vendere, atque ita commentis comenta eludere possent. Nimirum apud Romanos pacta de viventis hæreditate non valebant, quod ob hæredipetas constitutum videtur, ne, si Orbos semel pacto de hæreditate sibi relinquenda, constrinxissent, eos nefariis artibus è medio tollerent atque ita bona ad se traherent. Circa hanc dispositionem veteres glossatores, miro acumine, excogitarunt distinctionem, utrum *pactum de succedendo ineatur*, an *contractus de bonis alteri post mortem dandis* cele-

celebretur, ac prius saltem prohiberi, minime vero posterius, censuerunt, num vero illa aut hæc paciscendi ratio adhibita sit, id ex verbis diversis judicari jubent, nam si de *hæreditate* vel *successione* expresse dictum sit, tum pactum de succedendo initum est, quod non valet, idem est, si de *bonis post mortem*, in *alium devolvendis actum sit*, quodsi vero quis *simpliciter sua bona alicui post mortem promiserit*, adeo ut hic *ex obligatione ista, ab hærede promittentis, sine ullo succedendi jure, bona promissa consequatur*, tum contractus validus celebratus est, prout egregia hæc inventa recenset ac amplius illustrat *H. PISTOR d. l. 4. qu. 3.*

2. Cæterum hæc mera discrimina verbalia esse, facile liquet, id quod etiam *FACHINÆO l. 3. controv. jur. c. 35.* quem *PISTORIS d. l.* adducit, jam ex parte suboluit, nam sive dicas, *tu habebis meam hæreditatem, mihi succedes*, aut *bona mea ad te devolventur*, sive *mea bona tibi post mortem promitto*, in effectu res eodem recidit, & alter ex pacto jus omne, juxta intentionem paciscentium, habere debet, hinc vel secundum omnes illas formulas pactum validum dicendum erit, vel in genere valor ei abjudicandus. Considera hæredipetam Romanum, si hæreditatem stipuletur, nihil agit, sed si, ex consilio Glossatorum, bona sibi promitti curet, fructu malitiæ suæ gaudebit! quis fraudem legi factam hic non agnoscat? Nimis dilutum est, quod, præter alia, oggerit *PISTOR d. l. n. 10. licet quis bona sua post mortem alteri promittat, nihilominus is, ad quem ex juris dispositione successio pertinet, succedit, & quantumvis ex contractu bona alteri cogatur tradere, nihilominus hæres est atque manet*, est enim hæres *nomine* non *re*, imo si molestæ obligationis gnarus, hæreditatem

ſenſu, inter ipſos etiam Chriſtianos, multiplex ſit concertatio.

OBSERV. DCCLXIII.

Propter totalem religionis diverſitatem) In civili ſocietate matrimonia inter diverſæ religionis conſortes omnino admitti poſſunt, cum exinde in Rempublicam nullum damnum redundet, conſcientiam autem hominum, lex civilis exactè dirigere nec poſſit, nec debeat. An vero quis ſalva conſcienia matrimonium cum tali conjuge, cujus religionem ſaluti animarum pernicioſam credit, inire queat, alia eſt quæſtio, quæ neganda videtur, cum tanto periculo progeniem ſuam exponere, conſcientiæ minime conveniat. Illud tamen ſuperſtitioſum eſt, quod concubitum cum infideli, velut ſodomiam aut adulterium, puniendum eſſe, nonnulli arbitrentur, quod refert *CARPZOV. d. p. 2. qu. 76. n. 64.*

OBSERV. DCCLXIV.

Effectus ratione conjugum lit. E.) Finis matrimonii eſt, propagatio generis humani, extinctio libidinis & mutuum adjutorium. *vid.* Specim. Jur. Eccleſ. *l. 4. c. 2.* §. *44. 45.* Primus principalis eſſe cenſetur, adeo, ut ſi ille obtineri nequeat, ſocietas conjugalis iniri non debeat, quamvis alii aliter ſentiant, *vid. BRUCKNER. Deciſ. matrim. c. 11.* Effectus autem, quos *AUTOR* hic commemorat, fere ex indole tam arctæ ſocietaris fluunt, adeoque *naturales* ſunt, lex tamen poſitiva oonnulla, ut communionem bonorum, ſucceſſionem & patriam poteſtatem, magis determinat.

OBSERV. DCCLXV.

Poteſtas lit. E.) Imperium maritale vulgo ex jure divino poſitivo univerſali repetitur, hinc maritum eidem

eidem non posse renunciare amplius deducunt. *vid. THOMAS. J. J. D. l. 3. c. 3. §. 35. seqq.* Verum uti ex textu originali veritas illius imperii amplius ostendi debet, id quod aliis indagandum relinquimus, ita admissa illa Potestas, nihil aliud videtur involvere, quam jus dirigendi societatem conjugalem cæterasque ei connexas, quod marito, ob sexus masculini præstantiam, non immerito asseritur, juxta quæ adeo non tam novi quid jure revelato sancitum, quã id potius, quod ex natura sexus fluit, & naturale est, confirmatum censeri debet. Ex quo facile liquet, quod maritus sine causa uxorem verberare nequeat, imo licet hæc plagas similemve pœnam meruerit, non tamen maritus velut aliquis Magistratus, eas imponere poterit, sed ea res Magistratui ordinario erit relinquenda. Quod si verò uxor conviciis pravisque moribus iram mariti provocet, ab eoque probe depexa reddatur, id non ex aliquo maritali, sed communi potius defensionis jure resultat.

OBSERV. DCCLXVI.

Contraria matrimonii vide) De his ita pronunciandum: Quædam matrimonium *contrahi impediunt*, de quibus *lit. C.* quæ tamen non indistinctè probari debent, *vid.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. C. 1. §. 23. 24 36 37 C. 2. §. 4.* vel *contractum & validum tollunt*, de quibus *lib. seq. tit. 2.* agitur.

OBSERV. DCCLXVII.

Metu contractum ipso jure nullum est) Ad otiosas controversias pertinet illa quæstio, *utrum matrimonium tale sit ipso jure nullum, an stricto jure validum, & rescindendum?* nam utrum assumas, res eodem recidit, neque enim, in hoc quidem exemplo, differentia

tia aliqua, quoad remediorum adhibendorum vel effectum vel durationem, ostendi potest, hinc satis est, si dicas, matrimonium metu initum, esse indalidum aut in effectu non subsistere, quod quamvis leve & vix admonitione dignum videatur, ad notanda tamen præjudicia, ex jure Romano hausta, non incongruê adjicitur.

OBSERV. DCCLXVIII.

Modo sit persona.) Generaliter hoc verum non est, sed tum demum obtinet, si quis deceptus sit juxta casum *can. un. c. 29. qu. 1.* (is enim intelligendus videtur) alioquin si quis se ipsum deceperit & v. gr. ex duabus filiabus pulchriorem pro primogenita habuerit, cum esset secundogenita, eamque hoc errore â Patre in matrimonium petierit, ac consensum tam Patris, quam filiæ, forte tum absentis, obtinuerit, postea cognito errore, â sponsalibus semel contractis, vel sponsaliorum promissione recedere nequit, imputet enim sibi, quod ea, quæ animo volverat, clarius non expresserit, jam cum persona illa pulchrior, quam cogitationibus sibi repræsentaverat, ex tempestiva destinatione ad negotium matrimoniale non pertinuerit, error commissus solum pro concomitante, ac consensum necessarium non excludente, haberi debet.

TIT. III.

DE JURE DOTIUM.

OBSERV. DCCLXIX.

DOs) Apud Romanos nulla erat inter conjuges bonorum communio, hinc uxorem ducturus, de dote sollicitus esse debebat, quo onera matrimonii eo commodius ferre posset, nec, omissa illa cura, uxorem totam-

totamque familiam, de suo unicè alere cogeretur. Ex hac ergo hypothesi, dos invaluit, amplamque Jurisprudentiæ Romanæ suggessit materiam, cum vero hodie apud multas gentes, aliqua bonorum inter conjuges sit communio, hinc in iis locis nullum dotium &, quod ex eo consequitur, nullum pactorum dotalium similiumque juris argumentorum esse usum, pertendit *HUBER. in prælect. h. n.* 17. quod refert & probat *Dn. BERGER. in resolut. h.* videtur tamen id non simpliciter admittendum esse, si quis enim filiam, in sacris Parentum adhuc existentem, ac propriis bonis destitutam, ducere velit, ei omnino, nisi solus onera matrimonii ferre velit, de dote erit laborandum, sic etiam foemina dives futurum maritum ab usufructu bonorum suorum excludere, eique certam dotem saltem concedere potest.

2. Postquam verò dos invaluit, ejus indoles, constitutio & effectus ex communibus ferè principiis intelligitur. Quid eo nomine veniat, de quo ab initio h. id ex usu hominum dependet, adeoque ratione communi percipitur, porro constitutio dotis, de qua *lit. C. S. Θ.* ex generalibus alienandi & acquirendi principiis fere fluit, denique effectus *lit. E.* ex natura dominii revocabilis intelligitur. Tandem & ea, quæ cum dote aliquam habent convenientiam *lit. S. S.* aliis etiam gentibus nota sunt. *add. CONSTIT. SAXON. 22. 33. p. 3. DECIS. 51.*

OBSERV. DCCLXX.

Ex juris necessitate à Parente lit. C.) Obligatio Patris, qua ad filiam dotandam teneri dicitur, si promissionem specialem seponas, magis speculatione supponi, quam revera existere videtur, si quis enim ambiat

filiam, semper Patri onus dotandi deprecari licebit, ea ratione, quod filio honestam nubendi conditionem sit repertura, utut hic procus ejus potiundæ spe excidat, quosi vero sola sponsa contentus sit, deinceps nihil exigere poterit, *vid. STRAUCH dissert. 3.* §. 4. Præjudicia, quæ *CARPZOV. d. 2. C. 42. D. 12.* affert, ad casum promissionis specialis pertinere videntur, nisi forte eo casu, ubi initio matrimonio, dos neque promissa, neque negata est, obligatio Patris se exserit, quod non plane ratione caret.

Observ. DCCLXXI.

Quæ traditio non facit contractum realem) Vera utique est hæc assertio, sed rationibus non adeo liquidis defenditur, nam intentio maritum obligandi hic quoque, perinde ac in mutuo, afferi potest, actio verò ex stipulatu, de qua in *l. un. C. de R. U. A.* non datur ad dotem *exigendam*, sed *restituendam*, adeoque ad præsens negotium non pertinet. Vera igitur ratio, quare traditio contractum realem hic non efficiat, est, quod illa non ad negotii *perfectionem*, sed *consummationem* spectet, nam sola dotis promissio obligationem efficacem producit, & de jure civili est *pactum legitimum*, nisi verba solennia intervenerint, tum enim erit *stipulatio* seu *contractus verbalis*, *l. 20. 21. de jur. dot.* hodie *contractus consensualibus* eadem recte annumerabitur.

Observ. DCCLXXII.

Quantitatis etiam incerta) Ex sententia *AUTORIS* promissio dotis indefinita valet quoad Extraneum, non verò quoad Patrem & Uxorem ipsam. Sed de Patre disertis verbis contrarium dicitur in *l. 69. §. 4. de jur. dot.* hinc *HUBERUS in posit. h. n. 10.* rem fere

inver-

invertit, dicendo, dote simpliciter promissa, extraneum (sub quo etiam Uxorem comprehendere videtur, quia allegat *l. 1. C. de dot. promiss.*) nihil debere, de Patre aliter videri. Sed huic sententiæ, quoad extraneum, obstat *l. 3. C. de dot. promiss.* ex qua liquet, quod promissio extranei indefinita valeat. *STRAUCH dissert. 3. §. 10.* ita distinguit: Aut dos indefinite promissa est adjecto arbitro, aut sine mentione arbitri, illo casu valet promissio, hoc amplius distinguendum putat inter Patrem & mulierem. In illo valet indefinita promissio, quia cum teneatur dotare, etiamsi non promiserit, frustra moras nectit excipiendo, se incertum quid promisisse. Mulier autem vel extraneus (de hoc non loquebatur divisio, sed jam tamen inseritur) non tenentur, quia matrimonium etiam sine dote potest subsistere, in muliere autem nulla est promissio propter incertitudinem. Videtur igitur hæc sententia cum præcedenti coincidere, objectionem autem, quam quoad extraneum ex *l. 3. C. de dot. promiss.* modo fecim9, *STRAUCHIUS* distinctione prima elidere voluit, contendendo scilicet, in *d. l. 3.* promissionem *non simpliciter esse indefinitam*, sed *continere mentionem arbitri*; quamvis de sufficientia responsionis merito dubites, loquitur enim *d. l. 3.* de arbitrio ipsius promissoris, quod sane promissionem non coarctat & magis definitam reddit, nam quid quæso interest, sive dicas *dabo dotem*, sive *dabo dotem meo arbitrio?*

2. Videntur utique interpretes falli, quando promissionis indefinitæ valorem, pro diversitate *personarum promittentium*, modo asserunt, modo negant, nam malis rationibus disparitatem probant. Cum *ALTORI*, extraneum ex promissione indefinita obli-

gari, Patrem & uxorem ipsam non item, videretur rationes utriusque assertionis se habere putavit: cum *STRAUCHIUS* rem fere inverteret, Patrem indefinitæ promissioni subjiciendo, uxorem & extraneum ab eadem liberando, non minus rationes sibi suppetere credidit. Videamus specialius! *AUTOR* hanc rationis diversitatem reddit, *quia cessat ratio favoris dotis*; sensus, nisi fallor, hic est: *in extraneo quamvis occasionem esse velut captandam, ac adeo, ob favorem dotis, quamvis promissionem arripiendam sed in uxore & Patre tanta aviditate opus non esse, cum ad dotem constituendam jam obligentur.* Sed ad hæc responderi potest; ex voto & captatione ejus, qui libenter acquirere vult, valorem promissionum non dependere; falsum esse, quod uxor antecedenter ad dotem constituendam obligetur; ex obligatione autem Patris, si supponatur, id quod infertur, necessario non sequi, cum alii illationem plane contrariam faciant, seu ex illa obligatione, promissionem indefinitam, validam pronuncient. *STRAUCHIUS* Patrem indefinitæ promissioni subjiciebat, *quia ad dotem constituendam antecedentem est obligatus*, sed illationem non esse necessariam, ex eo liquet, quod alii contrarium inde concludant, ceu modo diximus, (nam falsas illationes mutua oppositione perimere licet) extraneum vero ab indefinita promissione absolvebat, *quia matrimonium etiam sine dote potest subsistere*, atqui hæc ratio etiam quoad Patrem potest allegari! deinde nulla plane est consequentia; matrimonium sine dote esse potest, ergo promissio indefinita est invalida! alia est quæstio: an dos præcise sit constituenda? cui negandæ ratio illa allegari potest, & alia: an

pro-

pro missio indefinita valeat? circa quam gratis adducitur. Denique mulierem ideo immunem pronunciabat, *quod nulla sit promissio propter incertitudinem*, quae manifeste satis id, de quo quaeritur, supponit.

3. Haec cum ita sint, malim in genere dicere, quod promissio dotis indefinita valeat, sive ab uxore, sive Patre, sive extraneo fiat, quia ex conditione promittentis & acceptantis, quantitas, boni viri arbitrio, satis definiri potest, id quod etiam convenit *l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 3. C. de dot. promiss.* nec obstat *l. 1. C. d. t.* quae unicè in causa fuisse videtur, ut lubricae distinctiones & rationes excogitarentur, nam promissio invalida ibi est, non tam quod sit *indefinita*, quam quod *nudo pacto facta*, promissio enim dotis, tempore Alexandri, nondum videtur fuisse pactum legitimum, sed hanc demum qualitatem diu post accepisse *arg. l. 6. C. de dot. promiss.* nec sine causa, in *l. 3. C. eod.* quae Gordiani, non multum ab Alexandro remoti, est, circa promissionem dotis indefinitam, *promissionis rite factae*, nec non *interpositae stipulationis* fit mentio.

TIT. IV.
DE PACTIS DOTALIBUS.
OBSERV. DCCLXXIII.

P*Acta dotalia*) Haec dubio procul sunt juris gentium, & fiunt iis modis, qui in aliqua gente recepti sunt, habentq; etiam eum effectum, qui alias ex ejusmodi actibus resultat, quod hic declaratur. Interim facile liquet, haec pacta, pro diversis Gentium moribus, diversa solere habere capita; Apud Romanos liberi per separatam oeconomiam, aut in specie filiae, per

per matrimonium, à Patria potestate non liberabantur, divortia quoque non erant apud illos infrequentia, denique intuitu hæreditatis & successionis pacisci non licebat, quorum omnium consideratio, dubio procul, peculiarem sæpe formam, pactis dotalibus Romanis dedit. Sed in Germania hypotheses illæ cessant, hinc etiam alia pactorum dotalium est ratio: Plerumque illa respiciunt comunionem bonorum, vel etiam successionem, quæ statutis inter conjuges introductæ sunt, dum v. gr. usufructui, quem maritus alias integrum habuisset, modus ponitur, vel portioni statutariæ, quæ uxori alias competiisset, renunciatur. Possunt tamen nonnunquam de ipsa etiam dote fieri, quia hæc non plane exulat, ceu dixi Obs. 769

OBSERV. DCCLXXIV.

Siquidem fiant in modum contractus) Si libere loqui licet, doctrina, quod pacta dotalia vel in modum contractus, vel ultimæ voluntatis fiant, videtur esse inventum Glossatorum & Causidicorum, qui ex captatione verborum, magna actuum jurimque discrimina effinxerunt, non alio fine, quam ut, prout visum fuerit, actus evertere, lites excitare, vel cautelas suas, velut alexipharmaca, vendere, atque ita commentis comenta eludere possent. Nimirum apud Romanos pacta de viventis hæreditate non valebant, quod ob hæredipetas constitutum videtur, ne, si Orbos semel pacto de hæreditate sibi relinquenda, constrinxissent, eos nefariis artibus è medio tollerent atque ita bona ad se traherent. Circa hanc dispositionem veteres glossatores, miro acumine, excogitarunt distinctionem, utrum *pactum de succedendo i[n]eatur*, an *contractus de bonis alteri post mortem dandis* cele-

celebretur, ac prius saltem prohiberi, minime vero posterius, censuerunt, num vero illa aut hæc paciscendi ratio adhibita sit, id ex verbis diversis judicari jubent, nam si de *hareditate* vel *successione* expresse dictum sit, tum pactum de succedendo initum est, quod non valet, idem est, si de *bonis post mortem*, in *alium devolvendis actum sit*, quodsi vero quis *simpliciter sua bona alicui post mortem promiserit*, adeo ut hic *ex obligatione ista, ab herede promittentis, sine ullo succedendi jure, bona promissa consequatur*, tum contractus validus celebratus est, prout egregia hæc inventa recenset ac amplius illustrat *H. PISTOR d. l. 4. qu. 3.*

2. Cæterum hæc mera discrimina verbalia esse, facile liquet, id quod etiam *FACHINÆO l. 5. controv. jur. c. 35.* quem *PISTORIS d. l.* adducit, jam ex parte suboluit, nam sive dicas, *tu habebis meam hereditatem, mihi succedes*, aut *bona mea ad te devolventur*, sive *mea bona tibi post mortem promitto*, in effectu res eodem recidit, & alter ex pacto jus omne, juxta intentionem paciscentium, habere debet, hinc vel secundum omnes illas formulas pactum validum dicendum erit, vel in genere valor ei abjudicandus. Considera hæredipetam Romanum, si hæreditatem stipuletur, nihil agit, sed si, ex consilio Glossatorum, bona sibi promitti curet, fructu malitiæ suæ gaudebit! quis fraudem legi factam hic non agnoscat? Nimis dilutum est, quod, præter alia, oggerit *PISTOR d. l. n. 10. licet quis bona sua post mortem alteri promittat, nihilominus is, ad quem ex juris dispositione successio pertinet, succedit, & quantumvis ex contractu bona alteri cogatur tradere, nihilominus hares est atque manet*, est enim hæres *nomine* non *re*, imo si molestæ obligationis gnarus, hæreditatem

tem adire nolit, nonne tum immediate bona devolventur in eum, cui promissio facta? atque ita alter ne nomine quidem hæres erit, alter verò semper jus succedendi ex pacto habebit, sive mentio illius juris facta, sive non! satis igitur certum, quod doctrina illa vulgaris impingat contra *l. 2. C. comm. de legat.* hinc non male ei applices judicium *LUTHERI*, quod de Canonistarum Sponsalibus de futuro & de præsenti, tulit. *vid. CARPZ. J. E. l. 2. D. 18. n. 4.*

3. Cum autem in Germania Conjugibus de hæreditate, valide pacisci liceat, futilis illa alioque plane sine effecta Glossatorum doctrina, ad pacta dotalia fuit translata, ea quidem ratione, ut quoties ex hujus præscripto, ob intercurrentia *hæreditatis, successionis* vel *obventionis* verba, actus, instar pacti valere nequit, pacta dotalia in modum ultimæ voluntatis facta censeri debeant, quoties vero, ob adhibita verba *præstandi, habendi, retinendi* vel similia, ut pactum valere potest, toties illa in modum contractus celebrata existimentur. *vid. CARPZ. p. 2. C. 43. D. 5. 6.* Hæc, nisi fallor, vera est hujus rei origo, quæ nunc in foro late dominatur, imo legibus provincialibus nonnunquam approbatur. Uti autem absurdum est captare verba ac à vocabulis diversa jura suspendere, ita incomoda hujus cavillationis sunt evidentia, nam prout incompositus affectus impulerit, actus bona fide celebratus, vel à conjugibus, vel ab aliis evertitur, id quod eò facilius procedit, quo incertiora nonnunquam sunt indicia, quibus ultimam voluntatem & pactum distingui volunt. Longe igitur rectius negotiis humanis prospiceretur, si explosa illa cavillatione, pacta dotalia (quod etiam nomen ipsum satis præcipit) tantum pro

pro pactis haberentur, horumque jure censerentur, quibuscunque etiam verbis agentes usi sint, cum enim de hæreditate pacisci liceat, quid opus est, innocuum *hæreditatis* vel *successionis* vocabulum captare ac inde actum ultimæ voluntatis extorquere? id sane, quod hic inculcamus, & æquitati, & intentioni agentium, & laudato Germanorum caudori magis convenit, cum contraria sententia non aliud habeat fundamentum, quam inficetam Glossatorum doctrinam, antea relatam & explosam.

Observ. DCCLXXV.

Uxor cum marito omni tempore) Quæ de diverso paciscendi jure hic dicuntur, videntur referenda ad *caput dotis repetendæ*, nam extraneus nisi in ipsa dotis constitutione, jus repetendi sibi reservet, rem datam simpliciter uxori censetur donasse, adeoque postea ad pactum non admittitur, ast mulier omni tempore admittenda est, cum contumacia mariti, ei nihil prosit, sed mulier etiam ex legis provisione dotem repetere queat. In eo autem fallitur AUTOR, quod Patrem non etiam quovis tempore pacisci posse existimet, cum enim is quoque ex legis dispositione jus repetendi dotem habeat *vid. l. 5. §. pen. l. 6. de jur. dot. l. 2. §. 1. l. 22. solut. matrim. l. un. §. 3. in fin. C. de R. U. A.* cur ei facultas paciscendi abjudicetur? Hodie horum jurium vel nullus vel exiguus est usus, nam dos fœminæ proprium plerumque est patrimonium, adeoque eam superstes retinet, defuncta verò in hæredes, aliquando etiam maritum, si statuta aut pacta dotalia hoc velint, transmittit, &, nisi fallor, repetitio Patri concedebatur apud Romanos, ob patriam potestatem quâ

in fili-

filiam elocatam Pater retinebat,sed hodie nuptiis filiæ eam tolli, notum est.

OBSERV. DCCLXXVI.

Non stipulanti, actio præscriptis verbis) Quo,omissa stipulatione, pacto, quo extraneus de dote reddenda sibi prospicit, valorem conciliet *AUTOR*, putat illud degenerare in contractum innominatum, *do ut des*, qualis explicatio circa uxorem ipsam fieri nequeat,cum ipsius affectui repugnet. Videtur utique ita philosophari jus Romanum *l.6.C.de jur. dot.* sed hodie illis subtilitatibus vel tricis non utimur, cum ex quovis pacto serio detur actio, ipsi etiam contractus innominati apud nos ex solo consensu valeant.

OBSERV. DCCLXXVII.

Contraria sunt) Eo etiam certo casu pertinet supervenientia liberorum, nam per hanc pacta dotalia successionem respicientia evertuntur, *CARPZ. d.p.2. C.43.D.13.14.15.* nonnunquam quoque per restitutionem in integrum tolluntur, v. gr. si fœmina minor, post nuptias & conscensum thalami, portioni statutariæ renunciet.

TIT. V.

DE FUNDO DOTALI.

OBSERV. DCCLXXVIII.

Hic prohibetur) Dominium regulariter comitatur *libertas alienandi*, quæ tamen, accurate loquendo,â dominio penitus diversa est. Uti autem illa sæpe solet restringi, ita in specie eo casu merito restringitur, quo quis dominio revocabili ac ad alium aliquando redituro, gaudet, nisi forte alterius consensu,non res sed earum pretium restituere teneatur, tum

tum enim illas irrevocabiliter acquisitas, pro lubitu alienare potest. Istam restrictionem, ex natura rei fluentem, ad rem dotalem immobilem ac inæstimatam transtulit ac ita auxit lex civilis, ut alienatio ne quidem consentiente uxore fieri queat, cujus argumentum amplius hic persequitur *AUTOR*. Hodie id, quod naturale est, mansit, ac maritus neque dotalia neque paraphernalia, pleno jure in ipsum non translata, alienare potest, sed ampliatio juris civilis, *quod alienatio, consentiente licet muliere, fieri nequeat*, in Saxonia, ac forte etiam alibi, recepta non est, modo enim uxoris consensus, Curatoris consilio ac nonnunquam Judicis autoritate firmetur, omnis generis bona valide alienantur. Interim juris patrii & civilis confusio doctrinas non satis aptas parere solet. Sic *CARPZOV. p. 2. C. 15. D. 21.* contendit; *Uxor fundum dotalem sine Curatoris autoritate vendere, aliove modo alienare prohibetur, etiamsi maritus consentiat, sicuti nec ipse maritus, consentiente uxore absque curatore, fundum dotalem alienare valet ex sanctione Imperatoris Justiniani pr. J. quib. alien. lic. vel non l. un. §. 15. C. de R. U. A. quam sanctionem etiamnum in foro Saxonico durare docet Matth. Wesemb. &c.* nam jus civile, *curatorem* & *alienationem ejus consensu accedente permissam* ignorat, quemadmodum etiam *consensus mariti intuitu rerum dotalium*, & naturæ rei repugnat, & illi incognitus est, cum pertineat ad bona paraphernalia, ac usumfructum marito in iis competentem, quod Saxonicum est, hinc frustra *sanctio juris civilis adhuc durare* dicitur, cum talis qualis memoratur, nullibi exstet.

LIB. XXIV. TIT. I.

DE DONATIONIBUS INTER VIRUM ET UXOREM.

OBSERV. DCCLXXIX.

PRohibentur donationes inter Virum & uxorem) Accuratè loquendo donationes Conjugum jure Romano non prohibentur, licet ita cum legibus nonnullis vulgò loquantur, nam hoc posito, morte donantis continuatoque consensu confirmari non possent: sed solum, ob concessam pœnitendi facultatem, sunt invalidæ, ceu rectius docet *l. 32. §. 2. seqq. h. t.* adeo ut hæ donationes conventionibus parum seriis comparentur cum enim arcta illa societas conjugalis iis quotidianam occasionem suppeditet, ideo, ne callidior conjux, simpliciorem ac fugitivo amoris æstu nimis percitum, bonis suis privet, ad illam sententiã deventum est, idque eo magis, quod apud Romanos, matrimonia divortiis non infrequenter solverentur nam hac divertendi licentiâ positâ, nimis magna conjugibus probioribus ex donationum validitate metuenda erant incomoda. In casibus autem specialibus, in quibus rationes illæ cessabant, dispositio etiam illa locum non habuit, adeo ut donatio ex mero jure naturali æstimari, & si aliud non impediat, pro valida haberi debuerit. Utrumque, & *regulam* & *exceptiones AUTOR* hic persequitur, quæ tota tractatio, ex hypothesi nostra modo allata, facilius intelligi potest, in specie inde fluit, quod etiam de jure civili, donatio conjugum morte confirmari queat, nam facultas pœnitendi, quæ unica invaliditatis causa est, juramen-

mento excluditur, nec obstat *l. 5. C. de LL. l. 7. §. 16. de pact.* per quas *AUTOR* dissentire videtur *lit. E.* loquuntur enim de negotiis prohibitis, sed tale non esse donationem, arbitramur. Hodie, cessantibus divortiis, præcipua quidem dispositionis Romanæ causa sublata videtur, quia tamen in matrimoniis perpetuis illa etiam quodammodo adhuc occurrit, hinc adhuc hodie illa sanctio servatur, interim facilius donationibus valorem conciliari posse, ex *CARPZOVIO p. 2. C. 13. D. 16.* admonuit *AUTOR in fin. b.*

TIT. II.

DE DIVORTIIS ET REPUDIIS.

OBSERV. DCCLXXX.

S*Olvitur matrimonium*) Solutio matrimonii laxius supposita, tria sub se continet, (1.) *declarationem nullitatis*, quæ generaliter fit ob *defectum consensus matrimonialis*, qui ex variis circumstantiis colligitur, de quibus explicatius nonnihil egi in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 4. §. 1. usque ad 15.* (2.) *separationem â thoro & mensa*, de qua itidem potiora capita proposui *d. c. 4. §. 23. usque ad fin.* (3.) *vinculi matrimonialis plenam dissolutionem*, hæc summatim fit *morte* & *divortio*, nam ad hæc, omnia revocari possunt, quæ *AUTOR* hic proposuit.

OBSERV. DCCLXXXI.

Divortium sive repudium est dissolutio vinculi matrimonialis) Quoad moralitatem divortii, multiplex scriptorum est sententia, ac varia Gentium praxis. Communiter jure naturali illud licitum, sed divino positivo universali prohibitum censetur, quod secutus

sum *à c. 4.* §. *15. 16.* sed non videtur sententia plane improbabilis, quæ ipso jure naturali divortia prohiberi putat, quam alibi fortassis plenius proponam. Interim cum apud Judæos, vel ex dispensatione divina, vel conniventia, (pro diversitate hypothesium, quas quis hic sectatur) divortia essent in usu, inde ad ipsos Romanos, divertendi licentia videtur devenisse, adeo ut ob varias causas matrimonia solverentur, ceu *AUTOR* hic innuit, sub iis autem *captivitas* & *servitus* omninò comprehendendæ videntur, ut minus recte divortio opponantur.

OBSERV. DCCLXXXII.

Hodie causa efficiens proxima est) Sive autem ex jure naturali, sive divino positivo universali, divortiorum prohibitio repetatur, id tamen certum, quod illa non absolute obtineat, sed quod omninò, autoritate publica, ob certas causas, matrimonium solvi possit, quamvis quæ illæ sint, non satis liquidum sit. Vulgo *adulterium* & *malitiosa desertio* tantum admittuntur, quod sequitur *AUTOR h.* sed in *d.* Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 4.* §. *17.* existimavi, Omne illud, quod cum fine matrimonii pugnat ac â conjuge sponte suscipitur, solvendo matrimonio sufficere, quam sententiam etiam inprimis secundum jus naturale obtinere, amplius arbitror; Juxta hæc igitur matrimonium solvitur adulterio, malitiosa desertione, pertinaci debiti conjugalis denegatione, insidiis vitæ conjugis, aut virilitati mariti structis, nec non perpetua abortus procuratione, quæ uberius paululum deduxi *d. c. 4.* §. *18. 19. 20. 21. 22.* aliorumque consensu firmavi. Desertionis autem processum, cujus etiam *AUTOR* men-

mentionem hic injicit, in *d.* Specim. *l. 5. c. 6.* pluribus declaravi.

OBSERV. DCCLXXXIII.

Facto divortio persona sunt libera) Post divortium, de tribus potissimum quæri potest, (1.) *an liceat separatis conjugibus aliud inire matrimonium?* de quo *AUTOR h. add.* Specim. Jur. Ecclef. *l. 4. c. 4. §. 18. l. 5. c. 6. §. 24* (2.) *quid pars innocens lucretur aut retineat, ac nocens amittat?* de quo prolixè *CARPZOV. Pr. Crim. qu. 63. 64. 65.* Summam tetigi in Specim. Jur. Ecclef. *l. 4. c. 5. §. 19.* (3.) *quis liberos alere teneatur?* *AUTOR* censet, eos educari apud innocentem, sumtibus nocentis licet vero hoc *in d. l. 1. & seq. auth. C. divort. fact. ap. quem lib. educ.* fundatum sit, hodie tamen obtinere non videtur, cum præsupponat mores Romanos, juxta quos nulla erat conjugum successio, quæ tamen hodie ex legibus Germanicis plerumque obtinet. Pater igitur liberos alere tenetur, qui tamen ex bonis uxoris nocentis, tam per usumfructum quam successionem, suo tempore futuram, aliquid lucratur, quodsi Pater divortio causam det & nulla bona relinquat, tum onus alendi matri accrescit. *vid. STRYK de diff. sponf. sect. 6. §. 44. seqq. add.* Specim. Jur. Ecclef. *l. 5. c. 6. §. 21. 22. 23. 24. 25.*

TIT. III.

SOLUTO MATRIMONIO DOS QUEMADMODUM PETATUR.

OBSERV. DCCLXXXIV.

SOluto *matrimonio utcunque*) Quo usus hujus tituli recte intelligatur, id quidem satis constat, quod ea

quæ de repetitione dotis dicuntur, fere ex naturalibus principiis dependeant, quia tamen instituta Romana cum germanicis non conveniunt, ideo illo jure non indistincte utimur, hoc igitur ut eo clarius appareat; ad sex capita respiciendum erit (1.) *quis jure Romano repetat?* Mulier ipsa ejusque hæredes, aliquando Pater vi patriæ potestatis, aliquando extraneus, *vid. STRAUCH dissert. 3. §. 16. 17. 18. HUBER in posit. ad h. t. n. 8. 9. 10. 11. 12. 13.* (2.) *quibus actionibus?* de quo *AUTOR h.* Breviter: mulieri & hæredibus quoad res exstantes datur rei vindicatio, quoad consumtas, actio ex stipulatu, idem dicendum puto de Patre, *vid.* Observ. 775. extraneus vero habet actionem præscriptis verbis, nisi stipulatione speciatim sibi prospexerit, *vid.* Observ. 776. (3.) *quid?* dotem *lit. O.* (4.) *quando?* soluto matrimonio, ut plurimum per divortium voluntarium, *arg. l. 240. de V. S.* (5.) *intra quod tempus facienda restitutio?* de quo *lit. E.* denique (6.) *quando repetitio cesset?* ob pactum & delictum.

2. Jam nisi fallor, circa singula capita, aliqua diversitas jure Germanico occurrit. Nam quoad *primum*, arbitror, quod Extraneus rarissime, Pater autem, quà talis, seu vi patriæ potestatis, nunquam dotem repetat, matrimonio enim filiæ, aut separatâ œconomiâ hodie patria potestas tollitur. Circa *secundum*, actio personalis in genere, ex solo consensu venit, adeoque *condictio ex moribus* dicenda erit, quamvis de hoc non valde laborandum putem. Quoad *tertium*, non tam de dotis, quam illatorum potius repetitione in genere quæritur, adeo ut sæpius de paraphernalibus quam dotalibus agatur, quod experientia satis confirmat. Circa *quartum*, frequentissimus

sol-

folvendi casus, nempe divortium voluntarium, hodie exulat, si vero morte mariti matrimonium solvatur, tum sæpe uxor, injectis bonis propriis, ad portionem statutariam admittitur, si obitu uxoris, tum uti maritus ex statutis in portionem hæreditatis venire solet, ita deficientibus liberis, pacto vel testamento bona omnia, exceptis alicubi saltem geradicis, accipere, atq; ita repetitionem hæredum excludere potest, si denique culpa uxoris matrimonium dirimatur, tum maritus sua jure retinet, post mulieris vero mortem, hæredes legitimi succedunt. Ex quibus liquet, quod etiam *quintum caput* hodie cesset, respiciebat enim potissimum divortium voluntarium. & ex inductione casuum, patet, quod restitutio vel plane deficiat, vel statim fieri debeat, denique nec in *sexto* leges Germaniæ cum Romanis conspirant. Contendit *AUTOR*, jure Romano potuisse maritum ex pacto dotem lucrari, sed hoc vix admittendum, est enim pactum de successione, quod ipse invalidum pronunciat *l. 23. tit. 4. lit. O.* nec juvant illam sententiam *l. 48. h. t. l. 12. de pact. dotal. l. 6. C. de pact. convent. tam sup. dot.* nam id saltem docent, quod Pater in favorem liberorum repetitioni possit renunciare. Hodie autem certum est, quod maritus ex pacto dotem, imo omnia bona deficientibus liberis, lucrari queat, *vid.* Observ. 777. Porro jure Romano dos amittitur, si culpa mulieris matrimonium solvatur, sed in Saxonia, omnibusque in locis, ubi aliqua inter conjuges est communio & successio, maritus saltem jura retinet, quæ constante matrimonio ipsi competunt, post mortem autem uxoris, consueta successio obtinet, quod *CARPZOV. Pr. crim. qu. 64. n. 35. 36.* tandem fateri cogitur, utut antea,

tam bona dotalia quam paraphernalia adulterio mulieris amitti, pronunciaverat.

OBSERV. DCCLXXXV.

Nisi maritus ad inopiam sit redactus) Hoc casu non tam repetit dotem aut potius illata, quam ea contra creditores defendit uxor, nam utique marito jura sua in iis relinquuntur. De cætero in Saxonia Electorali mulier sua privilegia in defendendis bonis retinet, licet marito obærato sciens nupserit, hæc enim sententia prævaluit *DECIS. SAXON. 6.* cum antea ancipiti marte inter se certarent interpretes, *vid. STRAUCH. DISSERT. 3. §. 15.*

LIB. XXV. TIT. I.

DE IMPENSIS IN RES DOTALES FACTIS.

OBSERV. DCCLXXXVI.

Impensæ dotales) Quid & quotuplicices sint impensæ, id dubio procul omnes homines communi ratione intelligunt, ut Romanis hac in parte nihil debeatur. Porro obligatio mulieris ad impensas dotales restituendas, juxta circumstantias hic memoratas, naturalis est, ac jure Romano saltem confirmatur; hodieque quoad bona paraphernalia, in casu habili, quoque obtinet.

OBSERV. DCCLXXXVII.

Jure Codicis rem dotalem propter has impensas non potest retinere) Hoc positivum est, nam alias mero jure naturali, eo remedio uti possumus, quod maxime compendiosum est, quoque debitorem, ad implendam obligationem, celerrime ac efficacissime adigere possumus, & quod imperio civili, in statu civili, non repu-

repugnat. Non immerito etiam dubitare licet, an id, quod *JUSTINIANUS*, jussu uxoris in transversum actus, sanxit in Germania valeat, receptæ enim leges Romanorum positivæ saltem sunt in subsidium, ast hoc casu iis non indigemus, cum sola æquitate hæc res expediri queat.

TIT. II.
DE ACTIONE RERUM AMOTARUM.
OBSERV. DCCLXXXVIII.

P*Er actionem rerum amotarum)* Hæc ex obligatione naturali utique resultat, conjux enim amovendo alteri damnum inferens, ad illud sarciendum ex naturali jure tenetur. Interim respicit hoc delictum licentiam divortiorum adeoque institutum Romanum, quod cum in Germania exulet, hinc actio quoque ipsa, cum additamentis positivis, incognita est.

OBSERV. DCCLXXXIX.

Datur actio expilatæ hæreditatis) In quibusdam exemplaribus legitur: *non datur* quod & *cit. l. pen. expil. hæred.* exigere, & ipse *AUTOR* infra *tit.* expil. Hæred. *lit. P.* præcipere videtur, quando actionem expilatæ hæreditatis contra uxorem defuncti dari negat. Rursus tamen correctioni, hic faciendæ hoc obstat, quod ea admissa, actio furti, quæ paulo ante asseritur, sit quoque neganda, adeoque eo etiam correctio extendenda, quod tamen non fit. Nihil igitur muto, sed lectioni affirmativæ inhæreo, ei autem defendendæ, tollendoque, quod hic subest, dubio, nec

non

non *AUTORI* à contradictione liberando, distinguendum videtur, utrum uxor *res mariti defuncti in sua habuerit custodia*, an ab *earum detentione plane fuerit semota*, cujus circumstantiæ *l. 33. de N. G. l. 17. C. de furt. l. 4. C. expil. hered.* mentionem faciunt. Priori casu uxor crimen expilatæ hæreditatis non committit, adeoque eo nomine conveniri nequit, quod *infra* tit. Expil. Hæred. *lit. P.* docetur, sed posteriori casu, ad exemplum extranei, pro casuum diversitate, & furtum committere & hæreditatem jacendem expilare potest, hinc utraque actio *h. l.* asseritur, nam illo casu eadem ratio pro uxore allegari potest, quæ pro cohærede, negando expilatæ hæreditatis crimini adducitur *l. 51. pr. pro soc. l. 3. C. fam. excisc.*

TIT. III.

DE AGNOSC. ET ALEND. LIBER. VEL PARENT. VEL PATRON. VEL LIBERT.

OBSERV. DCCXC.

ACtio præjudicialis) Hoc nomine intelligitur actio, â cujus discussione, alterius actionis decisio dependet, eoque sensu quævis actio, in certis casibus, id prædicatum ferre potest. Deinde verò actio præjudicialis, ad jus personarum, quod vocant, seu ad conditionem illam civilem, quam quis in Republica habet, refertur, adeo ut quoties quæritur, an quis sit servus, subditus, Pater, filius, maritus, uxor &c. toties quæstio præjudicialis subesse dicatur, cujus quidem generis controversiæ hodie plerumque incidenter, occasione aliûs actiones motæ, tractantur.

OB-

OBSERV. DCCXCI.

De partu agnoscendo) Societas conjugalis liberorum procreandorum & alendorum causa initur, hinc utique naturale est, ut & conjuges & Parentes ac liberi sese pro talibus agnoscant, ac onera sibi imposita subeant. Contra reluctantes remedia eo fine comparata adhibentur, quorum exercitium & effectum lex positiva amplius determinat. Porro id naturale est, ut is, qui memorata societate nititur, â probatione sit im̃unis *add. THOMAS. in not. ad posit. Huber. h. n. 4.* De cætero casus, de liberis post divortium nascituris, agnoscendis, hodie non occurrit, adeoque S^Cti Planciani, quod partim naturale, partim positivum erat, nullus est usus. Ex eo, ut hoc obiter admoneamus, oriebatur *Pœna denunciati*, cujus fit mentio in *l. 9. de patr. potest.* nam ibi non *denunciata*, ut vulgo, sed *denunciati*, legendum esse, ex *CUJACIO* admonet *NOODT* in *libr. singul.* de Part. exposit. *c. 3.*

OBSERV. DCCXCII.

Alere tenentur Parentes lit. S.) De jure naturali certum est, quod Parentes alere liberos teneantur, etiã quam primum nati sunt, nec tamen aliter, quam si propria bona non habeant, & sibi ipsis de alimentis prospicere nequeant. Verũ apud Romanos decreta illa naturalia non semper, prout par erat, fuerunt observata, sed apud eos, ad imitationem nonnullorũ Græciæ populorum, in arbitrio Parentum positum erat, utrum liberos sanguinolentos tollere, an exponere necareve vellent. Atque illi mores valuerunt temporibus Principum, sub quibus floruerunt JCti, ex quib9 excerpta sunt Pandectarum fragmenta, neque SCto Planciano, neque altero illo, quod tempore

HA-

HADRIANI factum dicitur *l 3.* §. *1. h. t.* neque rescripto divorum Fratrum *l.* 1. §. *1. de inspic. ventr.* neque edicto Prætoris nec remedio, quod majori trimo extra ordinem indulgebatur in *l. 9. C. de patr. potest.* fuerunt expuncti, feritate illa etiam sub Imperatoribus Christianis durante. Primi autem expositionem infantum prohibuerunt Imperatores *VALENTINIANUS, VALENS* & *GRATIANUS* in *l. 2. C. de infant. expos.* in qua quidem per *animadversionem constitutam*, non intelligitur poena extraordinaria, vel legis Corneliæ de sicariis, aut Pompejæ de parricidiis (prout vulgo ad hanc alternationem deveniunt pro ratione diversæ intentionis, qua soboles exponitur, moti inprimis *l. 1.* §. *4. l. 4. h. t. l. 9. C. de patr. pot.*) sed simpliciter poena capitalis, ex lege Cornelia infligenda, nam in *l. 8. C. ad L. Cornel.* cædes recens natorum sub poena capitali prohibetur (nec enim cum *CUJACIO*, de sobole jam agnita alique jussa tantum, neque de liberorum immolatione, olim in Africa fieri solitâ, ceu conjectat *RÆVARDUS*, ille textus est accipiendus) quæ poena in *l. 2. C. de infant. exposit.* ad eos quoque, qui liberos, etiam in celebri aliquo loco, exponunt, extenditur, nam utraque lex eosdem habet Autores, ad eundem Magistratum, eodem etiam anno perscripta est, ita tamen, ut *d. l. 8.* præcederet, *d. l.* 2. sequeretur, inscriptione & subscriptione illa omnia probantibus, sed ista delibasse sufficiat, ex professo autem illa deducit *GERHARD NOODT in libr. sing.* de Partus expositione. *de anno 1700.*

OBSERV. DCCXCIII.

Non etiam incestuosus quibus alimenta jure civili præstari non possunt auth. ex complexu C. de incest. nupt.

jure

jure can. non debentur) Circa hunc locum primò sphalma facile observatur, nam pro *jure can. non*, legendum esse *jure canon.* ut duo verba posteriora coalescant in unum, totus contextus ostendit, in nonnullis exemplaribus adhuc majus erratum occurrit, de cætero lepidam, quoad jus civile & Canonicum, diversitatis rationem, ex *PETRO* de *FERRARIIS* notat *ZIEGLER de Diacon. c.14.* §.*37.* ait ille; *utrumque jus habet in se rationem. Nam ratio juris civilis fuit, ut reprimeretur vitium carnis, ratio autem Clericorum (quia luxuriosi sunt & carent uxoribus) ut ampliaretur facultas luxuriandi &c.* Ita vulgò philosophantur! sed *HUBER in posit. & Pralect. h.* contendit, quod liberis ex damnato coitu natis, etiam jure civili debeantur alimenta, cum iis indigni pronuncientur non simpliciter, sed ad effectum negandæ successionis. *add. ID. in posit. ad J. l.3. lit.1.* §.*23.* Ulterius progressus est *LUCAS VANDE POLL in libr. singul.* de Exhæred. & Præterit. *1700.* nam liberos adulterinos matri ante condemnationem mortuæ, ac fœminæ solutæ, quæ ex marito pepererat, sive illum congressum, adulterium sive stuprum jure Romano dicas, omnino succedere, docet *c. 40. n. 14. seqq.* liberis incestuosis hæreditatem maternam itidem vindicat *c. 41.* licet incestus cum adulterio fuerit conjunctus, modo absit incestuosum matrimonium, nam ex hoc prognatos, à matris etiam hæreditate repelli, satis certum ex *l. 6. C. de incest. nupt.* Nec obesse illi sententiæ censet *Nov. 74. c. ult.* ac inde desumtam *auth.* ex complexu *C. de incest. nupt.* cum de Patre loquantur, neque *Nov. 89. c. ult.* quæ omnes ferè deceperit, cum itidem de Patre saltem agat, in græco enim textu extare παρὰ τῶν

γονέ-

γονέων, qua locutione Patres notari, ex collatione ejusdem *Nov. c.* 12. §. 4. liquere, quodsi pertendas, γονεῖς Græcis esse idem quod *Parens*, fatendum tamen esse quod de *parentibus paternis*, in *d. c. ult.* saltem sermo sit, cum totus Novellæ contextus ostendat, liberis incestuosis negari, quod naturalibus, Patris intuitu, ibi concessum erat.

Tit. IV.V.VI.

DE INSPICIENDO VENTRE CUSTOD. PARTU &c.

Observ. DCCXCIV.

E *Dictum Prætoris*) Cum igitur liberis debeantur alimenta ex bonis Patris, imo sæpe omnia bona, ideo jure suo petit Uxor prægnans, ut mortuo marito, ventris nomine in possessionem mittatur. Quodsi in facto res dubia sit, venter inspiciendus est, ac pro ratione circumstantiarum, missio decernenda *tit.* 4. *h.* quæ omnia ex generalibus æquitatis & prudentiæ principiis fluunt, adeoque, si in aliis casibus hodie inspectio adhibeatur, nihil juri Romano ideò debemus. Si mulier possessionem obtentam, in præjudicium aliorum, dolosè in alios transferat, ad damnum resarciendum, naturaliter illam obligari, manifestum est, hinc actio in factum contra eam datur, imò tertius quoque ex eodem præcepto ad possessionem restituendam obstringitur *tit.* 5. si autem per mendacium possessionem obtinuerit mulier, atque ita damnum dederit, ex eodem dictamine convenitur *tit.* 6. Prætor tamen diversam durationem constituit, prior enim actio perpetua est *l.* 1. §. 4. *tit.* 5. posterior annalis *l.* 1. §. 3. *tit.* 6.

Tit.

TIT. VII.
DE CONCUBINIS.
OBSERV. DCCXCV.

Concubina) Concubinatus Romanorum, nihil aliud fuit, quam matrimonium minus solenne, seu conjugium inæquale juxta *l. 3. C. de natur. liber.* in quo deficiunt solennitates & effectus juris civilis, *vid. l. un. C. h. t. l. 49. §. 4. de leg. 3. can. 3. seqq. distinct. 34.* Lex divina tamen, quoad indissolubilitatem hujus societatis, haut fuit observata, sicut nec in ipso matrimonio, præterea an consanguinitatis vel affinitatis exacta semper fuerit ratio habita, certo haut assererem, *vid. §. fin. J. de nupt.* Alia insuper in Concubina requirit lex civilis *lit. S.* Gentis Romanæ ambitionem vel vanitatem, quæ morum elegantiæ nomine plerumque venit, redolentia.

OBSERV. DCCXCVI.

Concubinatus jure canonico est prohibitus) Imo vero, quatenus hic supponitur, non est prohibitus *c. fin. qu. 4. C. 32.* & hodie quoque sub digniori *matrimonii Morganatici* vid. *II. f. 29.* nomine, â personis illustribus aliquando licite exercetur. Quodsi autem per concubinatum intelligas scortationem vel etiam conjunctionem legibus divinis contrariam, tum jure Canonico & moribus prohibetur, præterea in hominibus privatis nullum etiam matrimonium minus solenne occurrit, sed quicquid â consueta contrahendi ratione abit, id pro conjunctione illicita habetur.

Lib. XXVI. Tit. I.
DE TUTELIS.
Observ. DCCXCVII.

T*Utela*) Quemadmodum diverſa hominum ætas in omni Gente occurrit, ita unicuique communis ratio facile oſtendit, æquum & utile eſſe, ut perſonis teneræ ætatis & judicii adeo parum validi, ſi Parentibus deſtituantur, quis adjungatur, ſub cujus directione & conſilio, & recte educari, & in vita civili negotia ſua expedire queant. Sic igitur ex communi ratiocinatione *Tutelæ indoles* & *varietas*, quæ hic memoratur, intelligitur. Interim Romani tutelam â Cura ſubtilius diſtinxerunt, ſed ejusmodi ſpeculationes ab uſu vitæ civilis plerumque abhorrent, adeoque rigide obſervari non ſolent. De cætero circa tutelam tria ſummatim expendi poſſunt, (1.) quomodo *conſtituatur*, (2.) quid *conſtituta operetur*, & (3.) qua ratione *deſinat*.

Observ. DCCXCVIII.

Agendum de tutela conſtituenda lit. C.) Conſtituitur tutela mutuo conſenſu, ſeu *delatione* & *acceptatione*, quod naturale eſt, quemadmodum etiam ex juris congeniti præſcripto tutela, inprimis â Magiſtratu, eſt deferenda & ab aliis acceptanda, quo ſenſu, *juris naturalis* dicitur h.

Observ. DCCXCIX.

Poſſunt eſſe tutores) Circa perſonas, quibus defertur tutela, duo ſpectanda. (1.) *habilitas*, quivis naturaliter eſt habilis, qui uſu rationis gaudet & commoda pupilli promovere poteſt, reliqua ſunt ex jure poſitivo *lit. S.* circa cujus interpretationem inprimis obtinet *l. 37. de Leg. add.* DECIS. SAXON. *34. 35.* (2.) *obligatio*

gatio, ad suscipiendam tutelam indefinite ex jure naturali, sed arctius ex jure positivo quis obligatur *l. fin. pr. C. de admin. tutel.* hinc tutela *munus publicum* dicitur *pr. J. de excusat. tutor.* id autem facilè liquet, talem dispositionem non ex rationibus Romanis, sed communibus, utilitate scilicet publica & subjectione civium, profluere.

OBSERV. DCCC.

Constituuntur tutores principaliter personæ pupilli) Romani ita philosophabantur: Cum impubes, ob judicii infirmitatem, nihil rectè agere posse videatur, ideò integrum velut hominem ejus loco substituendum esse existimarunt, hinc Tutor toti personæ datus, per consequentiam saltem rerum pupillarium curam gerit, qua nota â Curatore præcipue discernitur, qui vel ad certos saltem actus, vel generaliter quidem personæ, sed saltem aut potissimum propter rerum administrationem, datur. Hodie discrimen ipsum manet, sed in discernendis Tutoris & Curatoris nominibus, non adeo scrupulosi sunt mores, nec etiam discrimen illud, effectum actuum specialium mutat, nam actus aliquis ejusdem est efficaciæ, sive adjutor universalis sive particularis ei adfuerit.

TIT. II.

DE TESTAMENTARIA TUTELA.

OBSERV. DCCCI.

PRimum *occurrit testamentaria*) Ulterius circa delationem spectatur persona deferens, & id quidem naturale videtur, ut cuivis testatori, qui aliquid juris in pupillum, vel directe vel indirecte habet, potestas

tutorem constituendi, tamdiu asseratur, donec lex positiva illam adimat. Illam facultatem lex civilis Romana confirmavit, ejusque exercendæ requisita & modum amplius determinavit, quæ tamen hodie, ubi judicio privato tutor non penitus constituitur, sed Magistratus confirmatio semper necessaria est, non adeo observantur.

OBSERV. DCCCII.

Diss. Habn.) Cui adstipulatur *Dn. BERGER in resolut. h.* sed sententia *AUTORIS* non improbabilis videtur, nam testamentum privilegiatum, perfectum est, nec obstat (1) *l. 2. C. de confirm. tutor.* est enim *ALEXANTRI* Imperatoris, quo tempore privilegium paternum nondum videtur fuisse notum, sed recentioribus demum constitutionibus, *l. 16 fin. C. fam. ercisc. l. 21. C. de testam. Nov. 107.* introductum, (2.) *Non valere testamentum paternum quoad personas extraneas*, nam hoc ad institutionem vel legatum pertinet, ast datio tutoris ad ipsas spectat liberos, licet per consequentiam alienam personam quoque involvat. Cæterum cum in ipsa *l. 2. C. de conf. tut. voluntas Patris à Judice servari* dicatur, inte liquet, quod controversia hæc hodie fit nullius usus, aliud dicendum foret, si confirmatio Judicis hac in parte plane non interveniret.

OBSERV. DCCCIII.

Alterius jurisdictioni subjectus) Hodie forte id cessat, nam olim, observatis requisitis, datio â testatore facta simpliciter valebat, & cum ejus volor ex gererali legis permissione flueret, hinc per diversas jurisdictiones vim suam extendebat. Ast hodie privato testatoris judicio, semper quoque publicum accede-

cedere debet, hinc illius poteſtas ad ambitum juriſdictionis, cui ſubeſt, videtur reſtricta.

TIT. III.

DE CONFIRMANDO TUTORE VEL CURATORE.

OBSERV. DCCCIV.

Tutela confirmata eſt) Quodſi circa tutelam teſtamentariam ea deficiant, quæ illi propria ſunt, ad tutelam verò vel curam in genere, non requiruntur, ut ſi deficiat poteſtas patria, vel codicillis non confirmatis *l. 1.* §. *1. l. 3. ff. l. 2. C. h. t.* aut verbis precariis *d. l. 1.* §. *1.* vel liberis puberibus *d. l. 1.* §. *fin. h. l. pen. de Curat. furioſ.* tutor detur, tum datio â Magiſtratu confirmari ſolet. Quodſi vero ea deſint, quæ ad ultimam voluntatem, tutelam & curam in genere, ſunt neceſſaria, ut ſi is dèt tutorem, qui factionem teſtamenti non habet, vel detur ei tutor, qui in poteſtate patria exiſtit, vel conſtituatur perſona prohibita, vel ultima voluntas ne quidem in vim codicilli valere queat, tum Magiſtratus confirmatio non accedit. Ultimum hodie quoque ſervatur, ſed prius latius patet, dum omnis tutela teſtamentaria confirmari debet, hinc de diviſione tutelæ teſtamentariæ in *propriam* & *impropriam*, ac ejus differentiis *vid. HUBER. poſit. ad J. de Tutel. n. 9. ſeqq.* hodie parum laborandum.

OBSERV. DCCCV.

Dativus tamen eſt lit. E.) Imo potius teſtamentarius nam alias legitimis præferri non poſſet, & quicquid hic Magiſtratus agit, illud ſaltem rationem actus acceſſorii habet, quo datio teſtamentaria velut fulci-

tur, hinc accurate loquendo, datio non valet ex actu Magistratus, sed ex ultima voluntate â Judice confirmata, ut illa semper naturam causæ principalis retineat, confirmatio fulcri accessorii instar sit. Textus in contrarium allegati nihil probant, nam *l. 26. § fin. de test. tutel.* non loquitur de tutore *confirmato* sed *dativo*, cujus tamen conditio ab eventu eversi testamenti dependebat, *l. 16. pr. de cur. fur. l. 1. 4. C. de test. tutel.* necessitatem confirmationis judicialis, certis in casibus saltem adstruunt, qualitatem verò tutoris non definiunt. Cæterum cum ipse *AUTOR* fateatur, confirmatum præferri legitimis, controversia hæc in cæteris est otiosa.

TIT. IV.

DE LEGITIMIS TUTORIBUS.

OBSERV. DCCCVI.

T*Utela legitima est*) Hæc dependet quidem â præscripto *juris positivi*, hoc tamen præsupponit rationes omnibus Gentibus fere communes, ut hactenus hæc tutela etiam juris Gentium existimari queat, & hinc factum videtur, ut jus Romanum non tantum in tutelis privatis sed & illustribus sequamur. *vid.* Specim. Jur. public. *l. 2. c. 9.* §. *78. 79. 80.*

OBSERV. DCCCVII.

Quæ deficiente testamentaria) Si *nullus omninò tutor testamento sit constitutus*, vel *datus ante testatorem moriatur*, aut *se â tutela oblata excuset*, tum certum est, quod Legitimæ tutelæ locus sit, nam omnibus his casibus tutor testamentarius vel omninò vel saltem in effectu non adest, sed si testamento quis ex *certo tempo-*

re

re vel *conditione* sit tutor datus, interim non *legitimus* sed *dativus* tutelæ præest §. 1. *J. de attil. tutor.* nec enim tutela legitima, subsidiaria ac temporalis, sed principalis ac perpetua est ex mente Romanorum, cum lex non perinde ut Magistratus, in omnes casus, etiam rariores & cito transituros, prospicere soleat. Quodsi certum evadat *testamentarium existere non posse*, tum legitimum admittendum putem *arg. l. 11. pr. de test. tut.*

2. Ulterius si tutor testamentarius, post *mortem testatoris ac susceptam tutelam* deficiat, tum excluso legitimo semper dativum sequi contendit *Dn. THOMAS. in not. ad Strauch. dissert. 5. thes. 10. p. 43.* idque repetit in *not. ad Huber. posit. ad J. tit. 14. n. 4.* sed isti sententiæ repugnat *l. 11.* §. *3. de tutel. testam. l. 6. de legit. tutor.* quæ de *tutore ante testatorem mortuo*, commodè explicari non possunt. Nam in *d. l. 11.* §. 3. contextus satis ostendit, quod in §. *1. 2.* & *3.* agatur de *tutela suscepta sed diversis modis finita*, accedit quod in *d.* §. *3.* tutela ad legitimum *redire* dicatur, ergo ab alio eam interceptam esse oportuit, denique dicit *JCTUS*, quod *hic SCtum cesset*, hoc autem dubio procul pertinet ad casum tutoris testamentarii, post tutelam susceptam deficientis, nam casus, ubi ante testatorem moritur tutor, dubio caret. Eadem explicatio adhibenda *l. 6. de legit. tut.* nam verba finalia: *idem dicimus, si tutor testamento datus adhuc filio impubere manente decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur*, non rectè sic acceperis; *idem dicimus*, id est: *Patrem intestato mortuum esse*, nam de hoc in præcedentibus, pro instituto suo, satis egarat *JCTUS*, hinc potius illis verbis non *identitatem casus*, sed in casu diverso, *iden-*

 dita-

ditatem decisionis innuit, ut sensus totius legis eo redeat, *intestato parente mortuo, adgnatis deferri tutelam*, idem esse, *si post tutelam susceptam, testamentarius tutor moriatur*. Suadet hanc expositionem *oppositio versiculorum*, ac verba: *adhuc filio impubere manente* nec non: *revertitur* confirmant, illa enim *statum impubertatis sub tutore inceptum ac adhuc durantem*, hoc verò, *tutelam ab alio hactenus administratam*, probabiliter arguit.

3. Hæc cum ita sint, omninò juxta voluntatem testatoris, diversimode pronunciandum erit, id quod aliis jam suboluit. Nimirum si tutor testamentarius, post susceptam tutelam *moriatur*, tum succedit legitimus *l. 11. §. 3. de tut. testam. l. 6. de legit. tutor.* cum enim mors hominum sit necessaria ac singulis momentis accidere queat, hinc testator de ea etiam, intuitu tutoris dati censetur cogitasse, nec adeo hoc intuitu, tutorem ut perpetuum, legitimosque semper exclusurum, considerasse, quare morte ejus eveniente, legitimi, juxta testatoris voluntatem, admittuntur. Multò magis hoc verum est, si testamentarius *ad certum tempus vel conditionem sit datus*, nam post lapsum temporis vel existentiam conditionis, legitimus quoque admittitur, cum testatoris restricta datio evidenter ostendat, legitimum, ex ejus sententia non penitus esse excludendum, si verò tutor, susceptâ tutela, *excusetur* aut *removeatur*, tum dativus succedit, legitimo planè excluso *l. 11. §. 1. 2. de testam. tutel.* idem dicendum ob rationis paritatem, si *deportetur*, nam isti eventus sunt arbitrarii hinc de iis non cogitavit testator, sed potius tutorem testamento constitutum, hoc respectu ut perpetuum legitimosque semper exclusurum, consideravit, quando igitur,

præ-

præter opinionem testatoris nihilominus eveniunt illi casus, tutela ab alio, quam legitimo tutore, est continuanda, quam explicationem apud Romanos peculiare SCtum firmavit *d. l.* 11. §. 3.

Tit. V.
DE TUTORIBUS ET CURATORIBUS DATIS &c.
Observ. DCCCVIII.

SI *actu non adsit alius tutor)* Ut â Magistratu tutor constituatur, id juris Gentium est, fluit enim ex natura Societatis & imperii civilis. *Quis* vero potestate dandi tutorem gaudere debeat, id lex positiva definit, qua in re â legibus Romanis, abire mores nostros, docetur *lit. C.* Ulterius *ordinem*, quo â Magistratu tutor dandus sit, lex positiva etiam determinat, qua in parte jus Romanum sequimur, licet enim Magistratus nostri ordinem illum forte non semper observent, id tamen ex consensu eorum, quorum interest, fieri videtur, nam aliàs si hi ordinem illum urgeant, is omninò observandus erit. Denique ut quis saltem pro ratione jurisdictionis suæ, hoc jus habeat, adeoque iis & eos tantum dare possit, qui ejus jurisdictioni subsunt *lit. C. S. P.* id quoque naturale est, de ambitu vero jurisdictionis Magistratuum, non ex legibus Romanis, sed statu cujusvis Reipublicæ & Territorii esse judicandum, facilè liquet, quodsi tamen quis consentire possit & consentiat in dationem, etiam ab incompetente judice hæc fieri potest quod in Curatoribus ad litem omni die accidit. Tandem ut Magistratus pure papillis succurrat *lit. Q.* id etiam naturale est, quia fidem suam eo fine interposuit.

TIT. VI.

QUI PETANT TUTORES VEL CURATORES ET UBI PETANTUR.

OBSERV. DCCCIX.

P*Etunt tutores*) Ex lege humanitatis quidem ad tutores pupillis petendos, obligantur homines alii, ſed illa obligatio valde laxa eſt ac in foro civili nullum habet effectum; niſi lex poſitiva ei vim addat, quod quoad matrem & cognatos, ſucceſſionem certo ſperantes, factum eſt *h. t. add. DECIS. SAXON. 41. in fin.*

TIT. VII.

DE ADMINISTRATIONE ET PERICULO TUTOR. ET CURATOR. &c.

OBSERV. DCCCX.

I*Ntutela conſtituta*) Poſt *delationem* hactenus explicatam, ſequitur futuri tutoris *acceptatio*, quam vulgo haut attendunt, ideo forte, quod invitus etiã munus ſubire debeat, quæ tamen ratio non ſufficit, cum nihilominus verus utique actus â parte tutoris intercedat. Secuta autem acceptatione, actus conſtitutionis naturaliter eſt perfectus, quo autem eo magis ſecurus ſit pupillus, plura inſuper requirit lex poſitiva *lit. In.* quæ tamen quoad juramentum & ſatisdationem non ubique obſervatur, nam uti juramentum promiſſorium, ab hominibus in delicta proclivibus, parum religioſe ſervari ſolet, nec adeò ſatis con-

consultum videtur, cum metu perjurii illud exigere, ita satisdatio eximiè quidem ad securitatem pupilli facit, sed à parte altera tamen considerandum est, quod fidejussores non semper reperire licet, ac præterea satis durum sit, homines gratuito officio functuros, adeò molestas postulare præstationes, inprimis cum Magistratuum vigilantia malæ administrationi tempestive occurrere possit & debeat.

Observ. DCCCXI.

Officium tutorum est) Postquam tutela constituta, i. e. jus & obligatio peculiaris producta est, deinceps ejus *effectus* seu *operatio* spectari potest, *vid.* Observ. 797. quæ sane naturalis est, nam juxta mensuram factæ delationis & acceptationis, seu consensus præcedentis, tutor aliquid facere potest & debet, hinc alia conditio est tutoris adjuvantis & honorarii, alia administrantis *h. l.*

Observ. DCCCXII.

His concurrentibus ac præstitis tutor administrare tenetur) Tutoris administrantis obligatio naturalis jure civili probata, summatim in his consistit, (1.) *ut pupillum probe educet* (2.) *ut ipsum in rebus administrandis negotiisque gerendis repræsentet*, *vel ei assistat* seu stilo juris Romani, ut *administret* vel *autoritatem interponat*. Ex eo autem conclusiones magis speciales elicit *AUTOR h.* & *lit. O.* quas adeo Romanis præcise non debemus.

TIT. VIII.

DE AUTORITATE ET CONSENSU TUTORUM ET CURATORUM.

OBSERV. DCCCXIII.

A*Uctoritas*) Aliquando etiam tutor ſuo defungitur officio, *autoritatem interponendo*, cujus *modum* lex civilis definit *lit. C.* Quoad *neceſſitatem* vero, duæ quæſtiones ſunt ſecernendæ, (1.) an *ratione tutoris, interpoſitio ſit neceſſaria?* quod regulariter negandum, cum in arbitrio potius tutoris poſitum ſit, ſeorſim adminiſtrare vel pupillo gerenti aſſiſtere, aliquando tamen, ex præſcripto juris Romani, libertas illa ceſſat, teneturque tutor pupilli actus autoritate ſua probare, quales caſus *tit. prac. lit. O. in parentheſi* recenſuit AUTOR. (2.) *an ratione pupilli?* vuod toties dicendum, quoties ex negotio ſuo obligandus eſt *lit. O.*

OBSERV. DCCCXIV.

Reſtituitur in integrum lit. E.) Intereſt aliquid hoc loco, utrum negotium ipſo jure nullum, an reſtitutione reſcindendum dicas, ſi ſit nullum, pupillus rem retinet vel repetit, ſi reſtitutione ei conſulendum, tum regulariter ſaltem damni emendationem obtinet, illo caſu nulla probatione opus, hoc vero læſio probari debet, querela nullitatis, poſt mdjorennitatem, intra quinquennium vel decennium, ſi titulo lucrativo res alienata, proponi poteſt. *l. fin. C. ſi major fact.* vid. *CARPZOV. p. 2. C. 11. D. 30.* ſed remedium reſtitutionis quadriennio excluditur *l. fin. C. de tempor. in integr. reſtitut.*

OB-

Observ. DCCCXV.

Hodie soli tutores plerumque res pupilli administrant) Ergo ratione tutoris, interpositio autoritatis amplius non est necessaria in casibus *Observ. 813.* indicatis, interim ex imitatione juris civilis, illi qui nomine tutorum in judiciis comparent, adhuc hodie solent dici *Actores*, forte tamen non satis ad juris illius mentem: ratione verò pupillorum, si forte aliquod negotium celebrent, etiam hodie autoritas est necessaria.

Tit. IX.
QUANDO EX FACTO TUTORIS VEL CURATORIS MINORES AGERE VEL CONVENIRI POSSUNT.

Observ. DCCCXVI.

H*Ic explicatur*) Ex administratione tutoris plures oriri naturaliter obligationes & jura, manifestum est, subest enim obligandi intentio. Summatim autem duo respectu intercedunt, vel enim quæritur (1.) ratione *pupilli & extranei*, vel (2.) *pupilli & tutoris.* Primus casus iterum duo membra continet, vel enim *tutor suo quidem nomine, sed pecunia pupillari*, vel *nomine pupilli contraxit.* Illo casu quid obtineat, ostenditur *n. 1 b.* quæ naturalia putamus, quando enim pecunia alicujus res comparatur, licet comparans nomen suum prætexat, æquum tamen est, ut securitatis gratia, domino pecuniæ, res afferatur, nisi vel ejus consensu, vel lege positiva aliud constitutum sit. Merito igitur res, pupillari pecunia emta, pupillo adscri-

scribitur, idem dicendum, de mutuo, quod tutor suo nomine, sed pecunia pupilli, contraxit, *vid.* CARPZOV. *p. 2. C. 11. D. 38.* Istam tamen acquisitionem saltem in subsidium obtinere putem, nam si tutor paratus sit, pupillo reddere pecuniam cum usuris legitimis (non centesimis, quod ex *l. 3. C. arbitr. tutel.* frustra asseritur) tum inique is rem ipsam sibi assereret. Pertinet itaque illa acquisitio ad casum concursus, qui in bonis tutoris excitatur, habetque tum insignem utilitatem, dum pupillus extra concursum, res suas vindicat vel sibi debitas persequitur.

OBSERV. DCCCXVII.

An & quatenus pupillo) Alterum membrum primi casus hic exhibetur, quando scilicet *tutor nomine pupilli egit*, & tum maximè naturale est, ut pupillus inde & obligetur, ac alios sibi obliget, modo tutor bona fide heic versatus fuerit. Tutorem quoque exinde obstringi hactenus, ut durante officio, agere & conveniri queat, facile liquet, eo fine enim est constitutus, ut repræsentet pupillum, ex quo præcedentia fluunt. Tota itaque doctrina *n. 2.* naturalis est, excepto actionis *directa* & *utilis* commento, quod Romanum & hodie haut necessarium est.

OBSERV. DCCCXVIII.

Si hæredum suorum facta mentio) Ex hoc solo non ita præcisè colligi potest, quod tutor proprio nomine se obligaverit, sed inprimis etiam considerandum est, an *materia* ita sit comparata, ut ejus intuitu, nomine proprio se obligare possit Tutor. Inprimis ex *promissionis qualitate* nonnunquam colligere licet, quod Tutor suo nomine se obstrinxerit, v. gr. si debitori solventi, *etiam contra pupillum*, indemnitatem, vel simpli-

pliciter, vel cum obligatione bonorum promittat, wenn er ihn, bey seinen Mündlein und männiglichen zu vertreten und schadloß zu halten, unter seiner Hand und Siegel, bey Verpfändung seiner Haab und Güter versprochen und zugesagt, prout verba sonant in præjudicio *BERLICHII d. p. 1. D. 15.* talem enim promissionem tutor, ut talis, i. e. nomine pupilli, fecisse non potuit, quia alias pupillus, per tutorem suum, contra seipsum, indemnitatem debitori promisisset, hæc autem promissio cum sine dubio absurda sit, hinc dicendum, quod in illis verbis promissio *proprio tutoris nomine* facta contineatur. *BERLICHIUS* aliique dissentientes illam circumstantiam non satis expenderunt, sed potius existimarunt, quasi ex obligatione bonorum, promissio illa & obligatio colligatur, quæ collectio cum ipsis patum firma videretur, ideo contrariam amplexi sunt sententiam.

Tit. X.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS ET CURATORIBUS.

Observ. DCCCXIX.

S*Uspecti sunt*) Si tutor damnum det, non tantum ad ejus restitutionem naturaliter obligatur, eoque nomine, in foro civili datur actio tutelæ, sed &, si dolus aut magna negligentia appareat, ac exinde gravius damnum metuatur, quam ut deinceps comode satis resarciri posse putetur, â tutela penitus repelli potest, id quod ex generalibus defensionis & prudentiæ principiis fluere, facile liquet. Lex igitur civilis ista saltem confirmat *lit. C.* ac quomodo præcautio ista in civitate fieri debeat, apertius definit. Dat igitur

cer-

certis Magiſtratibus poteſtatem de ſuſpecto cognoſcendi *lit. C.* id quod, non ex jure Romano, ſed legibus Germanicis intelligendum. Magiſtratus autem naturaliter etiam ad inquirendum, deficiente accuſatore, obligantur *lit. C.* Coram illis certæ perſonæ, vel naturaliter, ex pacto aut humanitate, obſtrictæ, vel ex ſola libertate accuſant *lit. C. 1.* ſed hodie ceſſant accuſationes, ac ultra denunciationis curam, privati non aſſurgunt. Accuſantur aut denunciantur omnis generis tutores, nam omnes delinquere poſſunt, eſt tamen rationi conſentaneum, ne ob quamvis culpam leviorem, ignominioſam remotionem decernamus, cum damnum ea ratione datum aliàs penſari queat *lit. O.* Pendente proceſſu, communes prudentiæ regulæ præcipiunt, quo tutori ſuſpecto adminiſtratio adimatur *lit. E.* Quodſi verò delicti convictus ſit, tum per ſententiam judicis, â tutela repellitur ac in ſuper pœna, jure poſitivo determinata imponitur. *l. Q. E.*

OBSERV. DCCCXX.

Sin vero ob culpam, ſcilicet latam, non aeque) Magna eſt illa controverſia in ſcholis, ſed forte non magni uſus in foro & vita civili Interim *AUTORIS* ſententia, quæ communis eſt, his rationibus fere confirmatur, (1.) ob levem culpam ne quidem tutor removetur, per ea quæ modo diximus, hinc §. *6. J. h. t.* neceſſario de lata culpa erit accipiendus (2.) in *l. 7. §. 1. h. t.* tam *quaeſtio* quam *deciſio* eam munit, quæritur; *ſi fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentia*, ergo ſub fraude hic non continetur lata culpa, quod diſſentientes volunt, nam alias illa quæſtio eſſet otioſa, cum quoad dolum res ſatis ſit certa! *quia iſta prope fraudem accedit, removeri hunc quaſi ſuſpectum oportet,*

i. e,

i. e. quia prope fraus est, etiam fere, non penitus, eundem gignere debet effectum, nempe remotionem, non infamiam, (3) ne quidem ob quamvis dolum irrogatur infamia, ceu *AUTOR de his qui not. infam.* ab init. *lit. R.* commonuit, ergo absurdum foret, latæ culpæ istum tribuere effectum, denique (4.) nullum exemplum latæ culpæ infamiâ punitæ, alias afferri potest, nam ad *l. 11. §. 4 de his qui not. infam.* frustra provocatur, ignorantia juris enim ibidem est affectata, (cum jus illud non possit non esse notissimum) adeoque non ex culpa sed dolo procedit.

LIB. XXVII. TIT. I.

DE EXCUSATIONIBUS.

OBSERV. DCCCXXI.

E*Xcusatio est*) Diximus observ. 799. quod obligatio ad suscipiendam tutelam efficax, sit ex jure civili, hoc tamen tam rigidè non obligat, ut non quandoque ab onere tutæle quis possit esse immunis, hinc quid sit excusatio, quis, ob quas causas, quo modo, intra quod temp9, quoque effectu se excusare queat, hic exponitur, sed operæ pretium non est, illis prolixe immorari, nam licet illa jura indistinctè sublata dici nequeant, attamen sunt rarioris usus, nam hodie fere ita servatur, ut illi, qui aliqua erga pupillum propensione ducuntur, ejus tutelam subeant, licet quædam excusandi causæ iis suppetant, qui vero tutelam sine causa aversantur, illi tamen ad eam suscipiendam non valde adigi solent. cum utplurimum non desint alii, qui hoc munere libentius fungantur.

OBSERV. DCCCXXII.

Intra legitimum tempus lit. Q.) Quæ de *tempore* & *modo* hic dicuntur, illa omnino hodie cessare putem, nam temporis computatio quodammodo præsupponit peculiarem Reipublicæ Romanæ statum, hinc ne quidem applicari per omnia potest, quare dubio procul spatium arbitrarium & v. gr. Saxonicum, proponendis & deducendis excusationibus hodie dabitur, si aliquando ista res in contentionem judicialem erumpat. Porro per modum appellationis, non statim causæ excusandi, ad superiorem deferri poterunt, cum judices nostri gaudeant jurisdictione patrimoniali, adeoque prima instantia illis regulariter integra illibataque esse soleat.

TIT. II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT ET DE ALIMENTIS EI PRÆSTANDIS.

OBSERV. DCCCXXIII.

Pupillus educari debet) Officium tutoris naturale in eo quoque consistere, ut pupillum recte educet, Observ. 812. diximus. Hæc igitur educatio & *utilis* & quantum fieri potest, *minus sumtuosa* esse debet, qua in re consilium & jussum Magistratus, rectissime sequitur tutor *h. t.*

TIT.

Tit. III.

DE TUTELÆ ET RATION. DISTRAH. ET UTILI CURATIONIS CAUSA, ACTIONE.

Observ. DCCCXXIV.

Actio tutelæ) Ex administratione obligationem reciprocam inter tutorem & pupillum nasci, Observ. 816. admonuimus, quæ hic amplius expenditur. Oriri illam obligationem ex jure naturali, facile liquet, tutor enim ex prima promissione, qua tutelam se rite esse administraturum, eaque finita, res omnes pupillo restituturum promisit, vel etiam quandoque ex læsione illata tenetur. Pupillum vero collata utilitas obligat, quo tutorem indemnem servet, cum alias ipsum esset læsurus. Romanis igitur nihil hic debemus, nisi varia actionum nomina & commentum. Quasi contractus, quod scilicet administrationem tutelæ, contractum esse finxerunt, quibus hodie non indigemus, quamvis iis ultro uti, nihil vetet, superflua enim non nocent.

Observ. DCCCXXV.

Datur directa pupillo) Primo expenditur actio, quæ contra tutores comparata est, quo ipso naturale eorum officium exponitur. Datur ista pupillis *lit.* E. contra tutores & hæredes *lit. P.* (ubi quidem negatio transmissionis ob culpam levem, legi positivæ tribuenda, quamvis fortasse singularis illa dispositio, in foro usum satis rarum habeat) si plures fuerint tutores, pro modo consensus dati vel læsionis illatæ, contra eos actio dirigitur, quod late traditur *lit P.* Competit actio ad ea obdinenda, quæ tutor vel expromisso

so vel læsione debet *lit. O.* ubi lex positiva exigit, ut quotannis rationes reddantur, quemadmodum etiam contumaces, ex juris civilis præscripto, jurejurando in litem coërcentur *vid.* Obs. *340.* quo loco actio contra tutorem instituenda sit, illud quoque voluntate Imperantis definitur *lit. U. add.* DECIS. SAXON. *36.*

OBSERV. DCCCXXVI.

Actio de rationibus distrahendis) Quodsi tutor enormius deliquit, tum non tantum ex lege naturali obligatur ad damnum sarciendum, sed & ex jure civili, ad alterum tantum, pœnæ nomine præstandum. Ad utrumque conjunctim exigendum datur actio *de rationibus distrahendis b.* quæ hodie incognita est, pœna enim pecuniaria, læso applicanda, non est in usu, ad damni vero restitutionem obtinendam sufficit actio tutelæ. Interim non negatur, quin tutor, pro ratione delicti commissi, aliquando puniri possit.

TIT. IV.

DE CONTRARIA TUTELÆ ET UTILI ACTIONE.

OBSERV. DCCCXXVII.

Actio tutelæ contraria) De fundamento obligationis pupilli & quod ad hanc asserendam Quasi-contractu opus non sit, jam diximus Observ. *824.* Quodsi promissio aliqua nomine pupilli, v. gr. de Salario præstando, accesserit, tum eum inde naturaliter etiam obligari, certum est, hinc actionum nomina hic saltem Romanis debentur, cætera enim ex principiis communibus resultant.

TIT.

Tit. V.
DE EO QUI PRO TUTORE PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

Observ. DCCCXXVIII.

ACtio protutela) Reciproca illa obligatio naturalis, ac inde ortæ Præstationes, locum etiam inveniunt, si quis sine solenni constitutione, tutelam administrandam susceperit, nam ipsum administrationis factum ad hoc sufficit. Eo fine in foro civili comparata est *actio protutela h. t.* quam an negotium gestorum actionem quoque dicere velis, hodie nihil refert. Quodsi, prout par est, Magistratus suum observet officium, casus hic non facile existet.

Tit. VI.
QUOD FALSO TUTORE AUTORE GESTUM ESSE DICATUR.

Observ. DCCCXXIX.

HIc Prætor dat) Quodsi quis sub nomine & habitu tutoris, vel alios, vel pupillum deceperit, tum per legem naturalem illi indemnes sunt servandi, aut damnum illatum iis pensandum. Possunt igitur naturaliter vel â negotio plane discedere, vel eo salvo, aut nonnunquam improbato, interesse petere. Eo fine apud Romanos prætor dedit *restitutionem in integrum* (hodie res eodem recidit, sive contractum plane nullum, scilicet ratione læsi, vel restitutione rescindendum dicas, nam aliquod discrimen hic ostendi

nequit, de quo pluribus actum supra ad *Lib. 4. tit. 3.*) vel *actionem lit. C. S. O.* quæ utique naturalis est. Hodie cum autoritatis interpositio fere non fit in usu, hinc non facile sub habitu tutoris, alium quis lædere poterit, quare hæc jura non adeo frequentis usus erunt.

OBSERV. DCCCXXX.

Non etiam contra heredes) Hoc mere Romanum & solida ratione subnixum non est, cum obligatio ad damnum resarciendum, utpote intuitu rerum contracta, naturaliter utique ad eos transeat, qui res lædentis accipiunt, quod aliquoties jam contra Romanos admonuimus, hinc æquitatem naturalem juri civili hac in parte etiam præferendam & observandam esse arbitror.

OBSERV. DCCCXXXI.

Annua) Hanc præscriptionem annalem non absolute, sed eatenus saltem obtinere puto, quatenus famosa est hæc actio ac in dolum concipitur, nam alias ex dolo, actionem in factum perpetuo dari ex *l. 28 29. de dol.* patet, ac supra *l. 4. tit. 3. in fin* AUTOR commonuit, hinc nec illos audiendos esse existimo, qui quadriennio eam hodie præscribi putant, nam illa quadriennii præscriptio ad alius generis restitutionem in integrum pertinet, de quo actum *l. 4. tit. 2. lit. O.*

TIT. VII.

DE FIDEJUSSOR. ET NOMINAT. ET HERED. TUTOR. ET CURAT.

OBSERV. DCCCXXXII.

T*Enentur actio*-)Illos qui pro Tutoribus se obstrinxerunt, ob fidem datam naturaliter teneri, sat aper-

tum est, quemadmodum etiam plures tutores juxta mensuram consensus dati (in quo tamen explicando magnæ partes juri positivo competunt) obstringuntur, ex quo etiam liquet, quod demum post tutores conveniri queant, ut adeò hoc caput iterum naturale sit, hodiè tamen non occurrit, quia satisdatio non amplius præstatur.

TIT. VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

OBSERV. DCCCXXXIII.

H*Æc actio subsidiaria*) Magistratus etiam, si sua voluntate damnum dederint, pupillis naturaliter, sed suo ordine, ad ejus restitutionem tenentur, hinc contra eos comparata est actio *h. t.* quæ hodie etiam obtinet, non tamen ob cautionem minus rectè exactam, ob quam fere apud Romanos dabatur, sed ob aliam culpam, sive ob tutorem inidoneum constitutum vel non caute satis observatum.

OBSERV. DCCCXXXIV.

Datur in subsidium) Ordo, quo plures personæ pupillo teneantur, itidem naturalis est, ac ex *modo consentiendi* & *nocendi* dependet. Quod igitur tutores, qui administrant vel administrare debent, ob damnum illatum prius teneantur, quam Magistratus, id evidentem habet rationem, plus enim nocuerunt, *vid. tit. 3. lit. S.* sed tutores honorarii, qui scilicet voluntate testatoris vel Magistratus ab administratione sunt immunes, demum post Magistratus conveniuntur juxta obstantem *l. 1. §. 15. de tutel. & ration.* ob rationem contrariam, nam hoc casu plus nocuisse cen-

cenſendi ſunt Magiſtratus, quod tutores adminiſtrantes arcte ſatis non obſtrinxerint, aut ſuſpectos â tutela repulerint.

Tit. IX.

DE REBUS EORUM QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, SINE DECRETO NON ALIENANDIS.

Observ. DCCCXXXV.

RES *pupilli mobiles*) Officium tutoris etiam circa alienationem rerum pupillarium conſpicitur. Et quidem res mobiles, quæ ſervando ſervari nequeunt, non tantum poteſt ſed & debet aliquando alienare, niſi ad damnum inde eventurum, reſarciendum velit obſtringi. Quod vero attinet res mobiles ſervari aptas, ut & immobiles, harum alienandarum arbitrium tutori quoque adſcribi poteſt; ſi ex natura tutelæ unice hac de re judicandum ſit, verum quia poſſeſſio ejusmodi rerum pupillo regulariter utilis, alienatio verò earum ſæpe damnoſa aut ſaltem periculoſa eſt, ideo non immerito lex poſitiva, communibus æquitatis & prudentiæ regulis ſubnixa, libertatem alienandi tutoris judicio non relinquit, ſed certum modum, ſub pœna nullitatis obſervandum præſcribit *h. t. conf. BERGER in reſolut. h.*

Observ. DCCCXXXVI.

Obſt. l. 12. C. præd. minor.) Particula *tantum* non eſt referenda ad *æs alienum*, quaſi abhoc tantum alienatio permittenda ſit, adeoque ejus adductione, alienandi cauſæ excluſivè determinentur, ſed ad *cauſæ cognitionem*, cujus in alienando neceſſitas iſta particula oſtenditur; *ob æs alienum, tantum cauſa cognita &c.*

Ob-

OBSERV. DCCCXXVII.

Expresse vel tacite) Turbatus hic est ordo; res ipsa satis loquitur, quod hæc verba sint ponenda ante versiculum: *scilicet si tacuerit*, adeoque sic legi debeat; *Convalescit tamen, si major factus alienationem ratihabuerit 6. C. arb. tut. 2. C. si maj. fact. alien. rat. expresse vel tacite 2. C. si maj. fact. sc. si tacuerit post alienationem ex titulo (etiam invito adversario arg. 14. C. d. procur. 25. ff. 6. C. de LL.) oneroso quinquennium. &c.*

FINITUR TUTELA.

OBSERV. DCCCXXVIII.

Modis communibus) Hactenus expendimus quoque, quid tutela constituta operetur, quamvis concinno satis ordine singula capita haut sint proposita, quod tamen fieri omnino posset, si quis proprio marte hanc tractationem institueret. Superest tutela finienda *vid.* Observ. 797. cujus doctrina fere iterum juris Gentium est, nam quando tutela defertur, tum præsupponitur pupillus vivus, liber, in civitate toleratus ac sui juris, ut & tutor vivus, habilis, rebus agendis sufficiens ac fidus, quodsi adeo horum contraria eveniant, tum ob consensum adeoque naturaliter tutela solvitur, quod multo magis dicendum, si ad certum tempus vel conditionem expresse tutor sit constitutus. Aliquando autem contraria illa per se & ex generalibus principiis existunt, ut si tutor vel pupillus moriatur, tempus vel conditio existat, hi ergo modi sunt pure naturales, aliquando lex positiva illa introducit, ut pubertatem, vel determinat magis, ut quod tutor pro suspecto, insufficiente vel inhabili sit habendus, aut quod mater ad secunda vota transiens, pa-

certis Magiſtratibus poteſtatem de ſuſpecto cognoſcendi *lit. C.* id quod, non ex jure Romano, ſed legibus Germanicis intelligendum. Magiſtratus autem naturaliter etiam ad in quirendum, deficiente accuſatore, obligantur *lit. C.* Coram illis certæ perſonæ, vel naturaliter, ex pacto aut humanitate, obſtrictæ, vel ex ſola libertate accuſant *lit. C.* 1. ſed hodie ceſſant accuſationes, ac ultra denunciationis curam, privati non aſſurgunt. Accuſantur aut denunciantur omnis generis tutores, nam omnes delinquere poſſunt, eſt tamen rationi conſentaneum, ne ob quamvis culpam leviorem, ignominioſam remotionem decernamus, cum damnum ea ratione datum aliàs penſari queat *lit. O.* Pendente proceſſu, communes prudentiæ regulæ præcipiunt, quo tutori ſuſpecto adminiſtratio adimatur *lit. E.* Quodſi verò delicti convictus ſit, tum per ſententiam judicis, â tutela repellitur ac in ſuper pœna, jure poſitivo determinata imponitur. *l. Q. E.*

OBSERV. DCCCXX.

Sin vero ob culpam, ſcilicet latam, non æque) Magna eſt illa controverſia in ſcholis, ſed forte non magni uſus in foro & vita civili Interim *AUTORIS* ſententia, quæ communis eſt, his rationibus fere confirmatur, (1.) ob levem culpam ne quidem tutor removetur, per ea quæ modo diximus, hinc §. *6. J. h. t.* neceſſario de lata culpa erit accipiendus (2.) in *l. 7. §. 1. h. t.* tam *quæſtio* quam *deciſio* eam munit, quæritur; *ſi fraus non ſit admiſſa, ſed lata negligentia,* ergo ſub fraude hic non continetur lata culpa, quod diſſentientes volunt, nam alias illa quæſtio eſſet otioſa, cum quoad dolum res ſatis ſit certa! *quia iſta prope fraudem accedit, removeri hunc quaſi ſuſpectum oportet,*

i. e.

i. e. quia prope fraus est, etiam fere, non penitus, eundem gignere debet effectum, nempe remotionem, non in famiam, (3) ne quidem ob quamvis dolum irrogatur infamia, ceu *AUTOR de his qui not. infam.* ab init, *lit. R.* commonuit, ergo absurdum foret, latæ culpæ istum tribuere effectum, denique (4.) nullum exemplum latæ culpæ infamiâ punitæ, alias afferri potest, nam ad *l. 11. §. 4 de his qui not. infam.* frustra provocatur, ignorantia juris enim ibidem est affectata, (cum jus illud non possit non esse notissimum) adeoque non ex culpa sed dolo procedit.

LIB. XXVII. TIT. I.

DE EXCUSATIONIBUS.

OBSERV. DCCCXXI.

E*Xcusatio est*) Diximus observ. 799. quod obligatio ad suscipiendam tutelam efficax, sit ex jure civili, hoc tamen tam rigidè non obligat, ut non quandoque ab onere tutæle quis possit esse immunis, hinc quid sit excusatio, quis, ob quas causas, quo modo, intra quod temp9, quoque effectu se excusare queat, hic exponitur, sed operæ pretium non est, illis prolixe immorari, nam licet illa jura indistinctè sublata dici nequeant, attamen sunt rarioris usus, nam hodie fere ita servatur, ut illi, qui aliqua erga pupillum propensione ducuntur, ejus tutelam subeant, licet quædam excusandi causæ iis suppetant, qui vero tutelam sine causa aversantur, illi tamen ad eam suscipiendam non valde adigi solent. cum utplurimum non desint alii, qui hoc munere libentius fungantur.

OBSERV. DCCCXXII.

Intra legitimum tempus lit. Q.) Quæ de *tempore* & *modo* hic dicuntur, illa omnino hodie cessare putem, nam temporis computatio quodammodo præsupponit peculiarem Reipublicæ Romanæ statum, hinc ne quidem applicari per omnia potest, quare dubio procul spatium arbitrarium & v. gr. Saxonicum, proponendis & deducendis excusationibus hodie dabitur, si aliquando ista res in contentionem judicialem erumpat. Porro per modum appellationis, non statim causæ excusandi, ad superiorem deferri poterunt, cum judices nostri gaudeant jurisdictione patrimoniali, adeoque prima instantia illis regulariter integra illibataque esse soleat.

TIT. II.

UBI PUPILLUS EDUCARI VEL MORARI DEBEAT ET DE ALIMENTIS EI PRÆSTANDIS.

OBSERV. DCCCXXIII.

Pupillus educari debet) Officium tutoris naturale in eo quoque consistere, ut pupillum recte educet, Observ. 812. diximus. Hæc igitur educatio & *utilis* & quantum fieri potest, *minus sumtuosa* esse debet, qua in re consilium & jussum Magistratus, rectissime sequitur tutor *h. t.*

TIT.

TIT. III.

DE TUTELÆ ET RATION. DISTRAH. ET UTILI CURATIONIS CAUSA, ACTIONE.

OBSERV. DCCCXXIV.

Actio tutelæ) Ex administratione obligationem reciprocam inter tutorem & pupillum nasci, Observ. 816. admonuimus, quæ hic amplius expenditur. Oriri illam obligationem ex jure naturali, facile liquet, tutor enim ex prima promissione, qua tutelam se rite esse administraturum, eaque finita, res omnes pupillo restituturum promisit, vel etiam quandoque ex læsione illata tenetur. Pupillum vero collata utilitas obligat, quo tutorem indemnem servet, cum alias ipsum esset læsurus. Romanis igitur nihil hic debemus, nisi varia actionum nomina & commentum. Quasi contractus, quod scilicet administrationem tutelæ, contractum esse finxerunt, quibus hodie non indigemus, quamvis iis ultro uti, nihil vetet, superflua enim non nocent.

OBSERV. DCCCXXV.

Datur directa pupillo) Primo expenditur actio, quæ contra tutores comparata est, quo ipso naturale eorum officium exponitur. Datur ista pupillis *lit.* E. contra tutores & hæredes *lit. P.* (ubi quidem negatio transmissionis ob culpam levem, legi positivæ tribuenda, quamvis fortasse singularis illa dispositio, in foro usum satis rarum habeat) si plures fuerint tutores, pro modo consensus dati vel læsionis illatæ, contra eos actio dirigitur, quod late traditur *lit P.* Competit actio ad ea obdinenda, quæ tutor vel expromisso

so vel læsione debet *lit. O.* ubi lex positiva exigit, ut quotannis rationes reddantur, quemadmodum etiam contumaces, ex juris civilis præscripto, jurejurando in litem coërcentur *vid.* Obs. 340. quo loco actio contra tutorem instituenda sit, illud quoque voluntate Imperantis definitur *lit. U. add.* DECIS. SAXON. 36.

OBSERV. DCCCXXVI.

Actio de rationibus distrahendis) Quodsi tutor enormius deliquit, tum non tantum ex lege naturali obligatur ad damnum sarciendum, sed & ex jure civili, ad alterum tantum, pœnæ nomine præstandum. Ad utrumque conjunctim exigendum datur actio *de rationibus distrahendis b.* quæ hodie incognita est, pœna enim pecuniaria, læso applicanda, non est in usu, ad damni vero restitutionem obtinendam sufficit actio tutelæ. Interim non negatur, quin tutor, proratione delicti commissi, aliquando puniri possit.

TIT. IV.

DE CONTRARIA TUTELÆ ET UTILI ACTIONE.

OBSERV. DCCCXXVII.

A*Ctio tutelæ contraria*) De fundamento obligationis pupilli & quod ad hanc asserendam Quasi-contractu opus non sit, jam diximus Observ. 824. Quodsi promissio aliqua nomine pupilli, v. gr. de Salario præstando, accesserit, tum eum inde naturaliter etiam obligari, certum est, hinc actionum nomina hic saltem Romanis debentur, cætera enim ex principiis communibus resultant.

TIT.

TIT. V.
DE EO QUI PRO TUTORE PROVE CURATORE NEGOTIA GESSIT.

OBSERV. DCCCXXVIII.

ACtio *protutela*) Reciproca illa obligatio naturalis, ac inde ortæ Præſtationes, locum etiam inveniunt, ſi quis ſine ſolenni conſtitutione, tutelam adminiſtrandam ſuſceperit, nam ipſum adminiſtrationis factum ad hoc ſufficit. Eo fine in foro civili comparata eſt *actio protutela h. t.* quam an negotium geſtorum actionem quoque dicere velis, hodie nihil refert. Quodſi, prout par eſt, Magiſtratus ſuum obſervet officium, caſus hic non facile exiſtet.

TIT. VI.
QUOD FALSO TUTORE AUTORE GESTUM ESSE DICATUR.

OBSERV. DCCCXXIX.

HIc *Prætor dat*) Quodſi quis ſub nomine & habitu tutoris, vel alios, vel pupillum deceperit, tum per legem naturalem illi indemnes ſunt ſervandi, aut damnum illatum iis penſandum. Poſſunt igitur naturaliter vel â negotio plane diſcedere, vel eo ſalvo, aut nonnunquam improbato, intereſſe petere. Eo fine apud Romanos prætor dedit *reſtitutionem in integrum* (hodie res eodem recidit, ſive contractum plane nullum, ſcilicet ratione læſi, vel reſtitutione reſcindendum dicas, nam aliquod diſcrimen hic oſtendi

nequit, de quo pluribus actum supra ad *Lib. 4. tit. 3.*) vel *actionem lit. C. S. O.* quæ utique naturalis est. Hodie cum autoritatis interpositio fere non fit in usu, hinc non facile sub habitu tutoris, alium quis lædere poterit, quare hæc jura non adeo frequentis usus erunt.

OBSERV. DCCCXXX.

Non etiam contra heredes) Hoc mere Romanum & solida ratione subnixum non est, cum obligatio ad damnum resarciendum, ut pote intuitu rerum contracta, naturaliter utique ad eos transeat, qui res lædentis accipiunt, quod aliquoties jam contra Romanos admonuimus, hinc æquitatem naturalem juri civili hac in parte etiam præferendam & observandam esse arbitror.

OBSERV. DCCCXXXI.

Annua) Hanc præscriptionem annalem non absolute, sed eatenus saltem obtinere puto, quatenus famosa est hæc actio ac in dolum concipitur, nam alias ex dolo, actionem in factum perpetuo dari ex *l. 28 29. de dol.* patet, ac supra *l. 4. tit. 3. in fin AUTOR* commonuit, hinc nec illos audiendos esse existimo, qui quadriennio eam hodie præscribi putant, nam illa quadriennii præscriptio ad alius generis restitutionem in integrum pertinet, de quo actum *l. 4. tit. 2. lit. O.*

TIT. VII.

DE FIDEJUSSOR. ET NOMINAT. ET HERED. TUTOR. ET CURAT.

OBSERV. DCCCXXXII.

T*Enentur actio-*)Illos qui pro Tutoribus se obstrinxerunt, ob fidem datam naturaliter teneri, sat aper-

tum est, quemadmodum etiam plures tutores juxta mensuram consensus dati (in quo tamen explicando magnæ partes juri positivo competunt) obstringuntur, ex quo etiam liquet, quod demum post tutores conveniri queant, ut adeò hoc caput iterum naturale sit, hodiè tamen non occurrit, quia satisdatio non amplius præstatur.

TIT. VIII.

DE MAGISTRATIBUS CONVENIENDIS.

OBSERV. DCCCXXXIII.

H*Æc actio subsidiaria*) Magistratus etiam, si sua voluntate damnum dederint, pupillis naturaliter, sed suo ordine, ad ejus restitutionem tenentur, hinc contra eos comparata est actio *h. t.* quæ hodie etiam obtinet, non tamen ob cautionem minus recte exactam, ob quam fere apud Romanos dabatur, sed ob aliam culpam, sive ob tutorem inidoneum constitutum vel non caute satis observatum.

OBSERV. DCCCXXXIV.

Datur in subsidium) Ordo, quo plures personæ pupillo teneantur, itidem naturalis est, ac ex *modo consentiendi* & *nocendi* dependet. Quod igitur tutores, qui administrant vel administrare debent, ob damnum illatum prius teneantur, quam Magistratus, id evidentem habet rationem, plus enim nocuerunt, *vid. tit. 3. lit. S.* sed tutores honorarii, qui scilicet voluntate testatoris vel Magistratus ab administratione sunt immunes, demum post Magistratus conveniuntur juxta obstantem *l. 1. §. 15. de tutel. & ration.* ob rationem contrariam, nam hoc casu plus nocuisse cen-

censendi sunt Magistratus, quod tutores administrantes arcte satis non obstrinxerint, aut suspectos â tutela repulerint.

Tit. IX.

DE REBUS EORUM QUI SUB TUTELA VEL CURA SUNT, SINE DECRETO NON ALIENANDIS.

Observ. DCCCXXXV.

RES *pupilli mobiles*) Officium tutoris etiam circa alienationem rerum pupillarium conspicitur. Et quidem res mobiles, quæ servando servari nequeunt, non tantum potest sed & debet aliquando alienare, nisi ad damnum inte eventurum, resarciendum velit obstringi. Quod vero attinet res mobiles servari aptas, ut & immobiles, harum alienandarum arbitrium tutori quoque adscribi potest; si ex natura tutelæ unice hac de re judicandum sit, verum quia possessio ejusmodi rerum pupillo regulariter utilis, alienatio verò earum sæpe damnosa aut saltem periculosa est, ideo non immerito lex positiva, communibus æquitatis & prudentiæ regulis subnixa, libertatem alienandi tutoris judicio non relinquit, sed certum modum, sub pœna nullitatis observandum præscribit *h. t. conf. BERGER in resolut. h.*

Observ. DCCCXXXVI.

Obst. l. 12. C. præd. minor.) Particula *tantum* non est referenda ad *æs alienum*, quasi abhoc tantum alienatio permittenda sit, adeoque ejus adductione, alienandi causæ exclusivè determinentur, sed ad *causæ cognitionem*, cujus in alienando necessitas ista particula ostenditur; *ob æs alienum, tantum causa cognita &c.*

OB-

OBSERV. DCCCXXVII.

Expresse vel tacite) Turbatus hic est ordo; res ipsa satis loquitur, quod hæc verba sint ponenda ante versiculum: *scilicet si tacuerit*, adeoque sic legi debeat; *Convalescit tamen, si major factus alienationem ratihabuerit 6. C. arb. tut. 2. C. si maj. fact. alien. rat. expresse vel tacite 2. C. si maj. fact. sc. si tacuerit post alienationem ex titulo* (*etiam invito adversario arg. 14. C. d. procur. 25. ff. 6. C. de LL.*) *oneroso quinquennium, &c.*

FINITUR TUTELA.

OBSERV. DCCCXXVIII.

Modis communibus) Hactenus expendimus quoque, quid tutela constituta operetur, quamvis concinno satis ordine singula capita haut sint proposita, quod tamen fieri omnino posset, si quis proprio marte hanc tractationem institueret. Superest tutela finienda *vid.* Observ. 797. cujus doctrina fere iterum juris Gentium est, nam quando tutela defertur, tum præsupponitur pupillus vivus, liber, in civitate toleratus ac sui juris, ut & tutor vivus, habilis, rebus agendis sufficiens ac fidus, quodsi adeò horum contraria eveniant, tum ob consensum adeoque naturaliter tutela solvitur, quod multo magis dicendum, si ad certum tempus vel conditionem expresse tutor sit constitutus. Aliquando autem contraria illa per se & ex generalibus principiis existunt, ut si tutor vel pupillus moriatur, tempus vel conditio existat, hi ergo modi sunt pure naturales, aliquando lex positiva illa introducit, ut pubertatem, vel determinat magis, ut quod tutor pro suspecto, insufficiente vel inhabili sit habendus, aut quod mater ad secunda vota transiens, pa-

rum fida tutrix existimetur, hi modi sunt mixti, naturales quidem, sed determinationem positivam præsupponentes. Usus hujus rei se exerit, quando hæc jura ad tutelam Imperantium sunt applicanda.

OBSERV. DCCCXXXIX.

Conditionis existentia) Paulo distinctius ita dici potest: Diei & conditionis suspensivæ existentia solvit dativam, fuit enim subsidiaria adeoque testamentario existente, dativus desinit. Idem est, si conditio suspensiva testamentario adscripta, deficiat, tum dimisso dativo, in subsidium interim constituto, legitimus sequi videtur, *arg. l.* 11. *pr. de testam. tutel.* Diei & conditionis resolutivæ existentia solvit tutelam testamentariam.

TIT. X.

DE CURATORIBUS ET CURA.

OBSERV. DCCCXL.

Circa hic est vis) Curæ *necessitatem*, *indolem & varietatem*, homines, ex communibus ratiocinandi principiis, intelligere, ex iis quæ Observ. 707. diximus, liquet. De cætero divisionibus hic memoratis, potest addi alia, quod scilicet cura sit vel *generalis*, quæ totam personam respicit, ac ad tutelam quam proxime accedit, hodieque etiam tutelæ nomine sæpe venit, talis est minorum, furiosorum similiumque, vel *specialis*, quæ intuitu certorum actuum saltem constituitur, qualis v. gr. est cura litis & fœminarum *vid.* Observ. 800.

OBSERV. DCCCXLI.

Legis dispositio defert) Etiam circa curam primo con-

consideratur *constitutio*, quæ mutuo consensu, seu delatione & acceptatione absolvitur *lit. C. S. O.* & obtinent fere ea, quæ circa constitutionem tutelæ dicta sunt antea, nisi in quandum diversa personarum conditio aliud postulat. Consensu dato naturaliter quidem actus constitutionis est perfectus, sed lege positiva à curatoribus generalibus, ea in super requiruntur, de quibus dictum *lib. prac. tit. 7. &* Obs. 810.

OBSERV. DCCCXLII.

Per judicis sententiam declaratoriam) Ut quis pro prodigo in foro civili haberi queat, ad hoc sententia judicis utiq; est necessaria, est enim prodigalitas obscuræ & incertæ dijudicationis, nec obstat *l. 1. pr. in fin. de Cur. furios.* nam *ipsum jus* ibi non opponitur *sententiæ judicis*, sed notat jus civile, opponiturque *juri prædorio*, quod ex substrata materia satis intelligitur. Nec videtur porro sententia judicis esse *declaratoria*, ceu *AUTOR* præcipit, sed potius *condemnatoria*, adeo ut ab huj9 demum tempore quis pro prodigo habeatur, nam alias indulgeretur malitiæ judicis, qui pro lubitu suo actum olim gestum sententia sua nullum aut validum efficeret, quare actus ante sententiam suscepti semper validi censendi erunt, nisi forte ex jure comuni invaliditas ostendi queat *add.* *EBERT.* de eo quod fit ips. jur. *membr. 1. sect. 2. §. 6.* Quodsi idem sensit *AUTOR*, quod hic adstruo, tum in termino sententiæ declaratoriæ ludit, adde quoad curatorem mulieris *DECIS SAXON. 24. 59.*

OBSERV. DCCCXLIII.

De administratione) Cura constituta operatur pro ratione intentionis constituentium, adeoq; si administrationis causa deferatur, idem fere est curatoris,

quod tutoris, officium, *lit. E.* de quo *lib. prae. tit. 7.* & Obf. *811. seqq.* fuit actum.

Observ. DCCCXLIV.

Hac singulare est lit. E.) Singularis illa dispositio juris civilis eâ parte iniqua ac â mente testatoris abludere videtur, quâ transmissionem in hæredes furiosi, hoc in furore mortuo, negat, cum enim curator nomine furiosi eam acceptaverit, arbitrium istam acceptationem probandi vel improbandi, non tantum furioso, si ad sanam mentem redeat, sed &, eo mortuo, ejus hæredibus merito servandum erat.

Observ. DCCCXLV.

Propter administratam curam) Intercedente administratione, minor tam quoad alios, jus acquirit iisque obligatur, juxta ea, quæ *lib. prae. tit. 9. &* Observ. *816. 817. 818.* dicta sunt, quam inter ipsum & curatorem reciprocum jus & obligatio nascitur *h.* quæ amplius illustranda ex traditis *tit. 3. seq. h. lib. &* Observ. *824. seqq.* denique si ea deficiant, ob quæ cura constituta est, hæc naturaliter evanescit, contraria tamen illa aliquando per se existunt, ut mors, cessatio furoris, aliquando lege positiva producuntur vel determinantur, ut majorennitas, frugalitas in prodigo, excusatio vel remotio *lit. C. conf.* Observ. *838.* prodigus autem ipso jure in cura esse non desinit *vid.* Obs. *841.*

Lib. XXVIII. Tit. I.

QUI TESTAMENTA FACERE POSSUNT.

Observ. DCCCXLVI.

T*Estamentum hic est*) Ex libertate naturali fluit potestas alienandi, omnis autem alienatio naturaliter

liter fit consensu alienantis & acquirentis, id quod etiam circa alienationem in eventum mortis obtinet. Opus igitur est, ut alienaturus, suam voluntatem declaret, quæ declaratio, si expresse fiat, & solennis sit, *testamentum* dicitur, quod, habito respectu ad jus civile, plenius sic definieris: *Est ultima voluntas, directo & solenniter declarata, qua persona habilis, personam habilem, in eventum mortis, successorem universalem designat, ac alia pro lubitu disponit.* De hoc ergo declarationis actu imposterum videndum, explicandumque, tum quomodo ex *libertate naturali* fieri possit, tum *lege positiva* debeat. Summatim tria spectare licet, (1.) personam testantem, (2.) modum declarandi externum, (3.) voluntatem declaratam.

OBSERV. DCCCXLVII.

Origine est juris Gentium) Recte utique dicitur, quod jure naturali quilibet, qui usu rationis gaudet, de rebus arbitrio suo subjectis, testari queat, voluntas enim semel declarata, morte non intercidit, sed ab hærede acceptari potest, & reliqui homines, ex legibus socialitatis, ad voluntatem illam, quatenus legibus non repugnat, servandam obstringuntur, de quo alio loco pluribus disquirendum. Istam igitur testandi facultatem lex civilis confirmat, & nonnunquam restringit *lit. C.*

OBSERV. DCCCXLVIII.

Habilitas requiritur tantum tempore facti testamenti) Distinguendum hic utique inter in habilitatem, qua *furore aut interdictione bonorum* producitur, & quæ *capitis diminutione.* Hæc omnino testamentum destruit, adeoque ejus intuitu habilitas & tempore facti testamenti, & mortis testatoris requiritur,

§. 6.

§. 6. *J. quib. mod. testam. infir.* nec huc pertinet assertio *AUTORIS.* Ast illa, si superveniat, non nocet, hinc sufficit habilitas tempore facti testamenti. Non obstat *l. 1. §. 8. de B. P. secunt. tab.* neque enim *absolute* habilitas utroque tempore ibi requiritur, sed *hactenus saltem*, ut ejus præsentia tempore mortis non sufficiat, propter regulam Catonianam, qua ab initio vitiosum, tractu temporis non convalescit.

OBSERV. DCCCXLIX.

Nisi in bello contra barbaros.) Ne hoc quidem respectu, jus Romanum hodie servari arbitror, nam capti à barbaris, liberi manent quoad nostram rempublicam, adeoque absentium loco haberi debent, nam ineptam illam Romanorum de servitute, captis per jus Gentium imposita, ac contra nos etiam valente, persuasionem eidemque oppositas legis Corneliæ & juris post limini fictiones, non minus insulsas, non recepisse, nulla probabilitate asseri potest. Hinc ab infidelibus captus, etiam in captivitate valide testari poterit hactenus, ut ex ejus conditione testamentum impugnari nequeat, circa quod *Dn. STRYK. in not. h.* consentit.

OBSERV. DCCCL.

Quod nec hodie mutatum) Servitus pœna jure recentiori utique est sublata, sed jus civitatis ad mortem damnatis null bi restitutum est, ideo ex hoc capite facultas testandi adhuc recte negatur, *vid. THEODOR. Colleg. Crim. c. 10. aph. 6. n. 23.* moribus tamen Germaniæ fere ubique illa facultas testandi competit teste *CARPZOVIO d. qu. 135. n. 21.* in electoratu Saxoniæ res certa est *p. 3. C. 6.*

OB-

OBSERV. DCCCLI.

Fiunt testamenta mentis declaratione) Postea consideratur *modus declarandi externus*, qui partim â *libertate superstite*, partim â *lege positiva* dependet, ex quo variæ testamentorum species resultant, qua in re usum juris Romani subsidiarium agnoscere omnino oportet.

OBSERV. DCCCLII.

Etiam per procuratorem) Hæc verba compilatorem hujus compendii, contra *LAUTERBACHII* mentem, ex prælectionibus manuscriptis habendam, posuisse, dicet *HARPRECHT Consil. Tubing. Vol. 4. Cons. 54. p. 1021.* De cætero tamen sententiam illam, quod per procuratorem testamentum offerri possit, in puncto juris verissimam censet *Dn. STRYK in not h.* utut sententia contraria communior sit, *vid. CARPZOV. p. 3. C. 3. D. 23.*

OBSERV. DCCCLIII.

Sive judiciale) Circa hoc testamentum in Saxonia Electorali hoc præcipue constitutum, (1.) ne valeat testamentum, quod extra locum judicii, personis judicialibus ad hoc rogatis domi offertur, nisi præter Actuarium, duæ personæ judiciales adsint, *DECIS. 73.* (2.) Si vero in loco judicii, an ordentlicher Gerichtsstelle, offeratur, tum sufficit judicem & actuarium præsentem esse, sed hujus persona deficere nequit, nisi manifestum periculum mortis, testatori immineat, tum enim valebit testamentum soli judici oblatum, *DECIS 54.* sed mira alicui videri potest, illa exceptio, cum casus ejus vel omnino non, vel rarissime occurrat, adeoque operæ pretium non videatur, ejus intuitu aliquid constituisse. In hac difficultate amo-

ven-

venda laborat *Dn. BERGER in resolut. h.* cujus sententia eoredit, pertinere illam exceptionem ad casum, ubi extra locum judicii, testamentum ordinetur, quæ tamen expositio nec contextui *d. Decis. 45.* nec sententiæ *Decis. 73.* generaliter eo casu duas personas judiciales requirentis, convenire videtur. Malim igitur dicere, quod de testamente, in loco judicii ordinando, in *d. Decis. 45.* quidem sermo sit, sed simul præsupponatur, quod per procuratorem testamentum offerri queat, nam hoc posito, casus, ut testator in præsenti vitæ periculo, domi scilicet suæ, versetur, & tamen per procuratorem testamentum judici offerri curet, non erit infrequens.

TIT. II.
DE LIBERIS ET POSTHUMIS. &c.

TIT. V.
DE HÆREDIBUS INSTITUENDIS.

OBSERV. DCCCLIV.

ESTque *ratione modi legitima vel illegitima*) Tertio spectanda *voluntas declarata.* Præcipua ejus pars est *Hæredis institutio*, cujus indolem & varietatem *AUTOR* hic tradit, quæ juris Gentium sunt. *Modus tamen liberos & Parentes legitime excludendi*, à jure civili dependet, in quo explicando interpretes non consentiunt, de quo pluribus egi Observ. *164.* *AUTORIS* sententia juri civili satis convenire videtur, interim contraria, magis comunis est, quam si

ad-

admittas *AUTORIS* consectaria, quod *in effectu illegitimæ exhæredationis, quoad liberos suos & emancipatos sit adhuc hodie differentia*, item *quod, si posthumus* (nonnullæ editiones legunt *emancipatus*, quod rationem habet) *non ritè fuerit exhæredatus, detur ei B. P. contra tab.* explodenda quoque erunt dicendumque, quod omnibus hisce casibus, testamentum sit ipso jure nullum, sed saltem quoad institutionem.

OBSERV. DCCCLV.

Voluntaria institutio) Hæc fere est juris Gentium, cum ab arbitrio testatoris maximam partem dependeat, quæ igitur hic traduntur, non Romana sed communia sunt. Nonnunquam tamen lex civilis quædam, quoad personas instituendas, requirit, aut voluntatem testatoris certius determinat, vel modum instituendi circumscribit.

OBSERV. DCCCLVI.

Incestuosi) Si ex incestuoso matrimonio nati sint liberi, res certa est per *d. l. 6.* Ast si extra matrimonium, incestu vel simplici, vel cum adulterio conjuncto sint prognati, tum à matre institui poterunt hæredes, si admittas sententiam quam Observ. *793.* proposuimus.

OBSERV. DCCCLVII.

Habilitas hæc adesse debet) Hoc caput ad jus civile pertinet, nec recte satis hic proponitur. Potius ita dicendum: In institutione *pura*, habilitas adesse debet *tempore conditi testamenti & mortis testatoris*, cum quo *tempus aditæ hæreditatis* connectitur, quod adeo velut peculiare extremum, seorsim laudari non debet, hinc etiã datur saltem unicum tempus intermedium, quo inhabilitas non noceat, nempe quod est inter condi-

ditum testamentum & mortem testatoris. In *conditionali* vero institutione, tria tempora inspiciuntur, *conditi testamenti*, *mortis testatoris & existentis conditionis*, ac datur duplex tempus intermedium, quod scilicet tria illa extrema interjacet, quo inhabiltas intercedens haut obsit, *vid. BACHOV. & VINN. ad* §. 4. *J. de H. Q. & differ.* Hodie illa res non magnum habet usum, cum enim servitus & deportatio apud nos non occurrant, hinc per eas status hæredis instituti, tam facile non mutatur, quam apud Romanos, adeoq; illa solicitudo fere exulat.

OBSERV. DCCCLVIII.

Totam hareditatem potest acquirere) Hoc etiam meri juris Romani est, quod noluit, ut quis pro parte testatus & intestatus decederet, hinc in parte vel certa re institutus, necessario totam hæreditatem consequitur. Cæterum hoc nimis violentum ac ultimis voluntatibus molestum videtur, hinc etiam plures illud hodie non observari putant, quamvis pro ejus valore præsumtio & præjudicium apud *CARPZOVIUM d. p. 3. C. 9. D. 19.* militer.

OBSERV. DCCCLIX.

Plures instituti) In hoc casu de *voluntate* testatoris quæritur, quæ ex *modo instituendi* optimé colligitur, ceu *AUTOR* docet, quæ adeo ex communibus ratiocinandi principiis resultant. Duo tamen præsupposita juris civilis hic intercurrunt, (1.) *quod nemo testatus & intestatus decedere queat*, ex quo sæpe hæredibus plus dandum est, quam testator eis assignaverat, (2.) *quod partium denominatio sit intelligenda in relatione ad numerum duodenarium, aut si numerus hic excedatur, ad talem, inter quem & partes expressas*

ca-

eadem sit proportio, quæ inter duodecim & numeros sub hoc contentos, seu breviter: quod *hæreditas dividenda, sub ratione assis, dupondii vel tripondii concipi debeat.* Est tamen de usu hujus præsuppositi distinctè judicandum, tricæ enim inutiles intercurrere possunt & solent.

2. Nimirum si testator omnibus hæredibus certas portiones assignaverit, tum illo præsupposito non indigemus, sed obtinet regula §. 5. *J. de H. J. tot. unciæ assem* (hæreditatem) *efficiunt, quod testator voluerit*, v. gr. si tres, ex quadrantibus instituerit, hæreditas in tres partes æquales dividetur, & supervacuum erit, illam distributionem ad assem revocare, ac contendere, quod singulis accrescat, & unusquisque trientem accipiat, nam sive pars singulorum hæredum, sub ratione quadrantis, sive trientis concipiatur, res eodem recidit, modo tota hæreditas illis detur. Porro si testator uni hæredi dederit quadrantem, alteri quincuncem, tertio septuncem, tum commodissime divisio instituetur, si unicuique partes expressæ ex hæreditate assignentur, revocatio ad dupondium, ac hujus deinde ad assem supervacua, imo sæpe etiam (ut in exemplo allato) satis difficilis, & hactenus sententia Dn. *THOMASII*, usum regulæ modo allatæ, generaliter laudantis *in not. ad Huber. posit. ad J. de H. J. n. 12.* admittenda est.

3. Sed si testator aliquos ex certis partibus alios simpliciter instituat, tum præsupposito illo egemus, nec poterit sine ejus adminiculo divisio institui. Fac testatorem unum instituisse ex besse, alterum ex quadrante, tertium ex sextante, quartum simpliciter, quid hic accipiet? id quod dupondio deest, nempe

deuncem, sic expeditè respondebis, sed neglecto illo præsupposito, aqua semper hærebit.

Observ. DCCCLX.

Non captatoria nisi fiat verbis futuri temporis) Sphalma hic subesse, & pro *futuri* legi debere, *præteriti*, ex *d. l. 71.* liquet, ac jam à *Dn. STRIK in not. b.* admonitum est. De cætero aliter de captatoriis institutionibus philosophandum esse, quam vulgo fit, docuit *Dn. THOMAS in differt.* de Captator. institut. *hab. Hal. 1696.* Nimirum si quis ita dicat: *Qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Mævius hæres esto*, illam institutionem non esse captatoriam, sed valere, vulgo etiam ex *l. 71. de H. J.* rectè docent. Sed si ita testetur: *ex qua parte Cujus me instituet, ex ea parte hæres esto*, hanc captatoriam & improbandam censent, sed falli interpretes, liquet ex *l. 29. 70. de H. J. l. 20. §. de Cond. instit.* captatoria quidem dici potest illa institutio, ast jure civili non improbatur. Quare illicita illa demum erit, quæ captat, *non institututionem*, sed *factæ institutionis ostensionem* juxta *l. 71. §. 1. de H. J.* formulam: *Titius si Mævium tabulis testamenti sui hæredem à se scriptum* ostenderit probaveritque, *hæres esto*, vel juxta *l. 1. de his quæ pro non script. hab.* præscriptum: *Qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis* recitaverit, *ex ea parte hæres esto*, hinc captatio debet respicere *secretum voluntatis alienæ*, ceu loquitur *l. 70. de H. J.*

2. Ratio autem, quare captatio ista fuerit prohibita, ea est, quod per illam simpliciores in vitæ periculum sæpe fuerint adducti. Scilicet sicut apud Romanos, in occultandis ultimis voluntatibus suis homines valde erant studiosi, ita è contrario hæredipe-

tæ id omnibus modis agebant, quo testamenta aliorum expiscarentur, ac, an in illis certo essent instituti (quod testatores nonnunquã ipsis asserere solebant) rescirent. Eo igitur pertinuit quoque captatoria illa institutio, non serio, sed in speciem & eo saltem fine facta, quo Orbos, quos captabant, ad exhibitionem testamenti permoverent, hi enim, prout erant nonnunquam avari, sperabantque, se adhuc diu vivere, alteriusque hæreditatem forte consequi posse, hamo hoc allecti, testamentum ac institutionem hæredipetis exhibebant, quo facto, hi illos nefariis insidiis è medio tollere solebant, quo hæreditate eorum potirentur. Senatus igitur tales institutiones irritas declaravit (quamvis enim & ex mente hæredipetæ valere illæ non deberent, hoc tamen Orbos latebat) nam hoc posito, nemo adeo stultus erit, ut inani ejusmodi institutione se ad exhibitionem testamenti proprii moveri patiatur, quo ipso adeo nequitiæ hæredipetarum fuit occursum.

3. Cum autem Germani hæreditates quidem nonnunquã captent, attamen adeo truculenti non sint, ut captatos per insidias è medio tollant, hinc cessante ratione, captatoriæ institutiones hodie videntur esse validæ, adeoque si quis alteri hoc exigenti testamentũ suum exhibuerit, is conditionem institutionis implevisse, & testatore in illa voluntate perseverante, hæreditatem petere posse videtur. Sed ille casus erit rarissimus, ac in seculo forte vix exstiturꝰ, quando enim præcipuus exhibitionis scopus, quem hæredipetæ Romani intendebant, cessat, nuda exhibitio testamenti alieni haut temere exigetur. Hinc jura Romana nulliꝰ sunt usus, ac eo tantũ pertinent, ut interpre-

ex ignorantia rationum Romanarum, falſas ſententias, eorum occaſione effingere ac nonnullas inſtitutiones, quas perpetam pro captatoriis & illicitis habent, invalidas pronunciare poſſint.

TIT. III. IV.
DE INJUSTO, RUPTO IRRITO FACTO TESTAMENTO, ET DE HIS QUÆ IN TESTAM. DELENTUR.

OBSERV. DCCCLXI.

Teſtamentum eſt vel ab initio nullum) Contingit hoc (1.) ob *inhabilitatem teſtatoris* (2.) *defectum voluntatis*, ut ſi quis morte præventus mentem non ſatis declaret §. 7. *J. teſtam. quemad. infirm.* (3.) *ſolennitatis externæ* & (4.) *internæ*, ſi liberi legitime non ſint inſtituti vel exhæredati. Omnibus his caſibus obtinet *querela nullitatis*, quæ jure antiquo nihil ex teſtamento valere patitur, ſed juxta jus novum, ultimo caſu teſtamentum, ſaltem quoad inſtitutionem, eſſe nullum, communis eſt ſententia, *vid.* Obſerv. *164. 854.*

OBSERV. DCCCLXII.

Sine re tamen) Videtur potius generaliter & cum effectu Prætor inſtitutis ſuccurriſſe juxta *l. 17. de inj. rupt. irrit.* quod etiam *Dn. STRYK in not. h.* placet Hodie, ſi admittas ſententiam communem, quod liberis tam à Patre quam matre non legitimè excluſis, teſtamentum ſaltem quoad inſtitutionem ſit nullum, hoc etiam caput mutatum erit, nam filio aut po-

potius generaliter, liberis sponte ab hæreditate patris vel matris abstinentibus, dubio procul testamentum valebit, cum saltem in gratiam liberorum quoad institutionem improbatum sit, hinc accedente liberorum consensu simpliciter valebit, adeo ut institutus hæres ne quidem auxilio Prætorio indigeat.

OBSERV. DCCCLXIII.

Validum & rumpitur) Testamenta ab initio valida, infirmantur vel *jure Prætorio*, per bonorum possessionem contra tabulas, cujus tamen hodie nullus est usus juxta sententiam communem modo relatam, vel *jure civili*, dum *rumpuntur*, *irrita fiunt*, quibus casibus querela nullitatis obtinet, & *rescinduntur* per querelam inofficiosi *vid.* Observ. *164. in fin.*

OBSERV. DCCCLXIV.

Agnatione sui hæredis) Si admittas communem sententiam, qua testamentum quoad institutionem nullum dicitur, si Pater aut mater liberos, cum expressione causæ habilis, non excluserit, etiam hoc caput duplicem accepit mutationem, cujus tamen non satis recordari solent, qui memoratam sententiam fovent. Nimirum (1.) non tantum sui hæredes, sed in genere liberi, agnoscendo rumpent testamentum, adeoque in specie matris testamentum ruptioni quoque subjacebit, nam si ob liberos præsentes, non rite exclusos, est nullum, necessario per liberos futuros rumpetur, inter hæc enim perpetua est connexio, (2.) tam quoad Patrem quam matrem testamentum agnatione saltem rumpetur quoad institutionem, salvis legatis aliisque capitulis, nam si liberi præsentes non legitimè exclusi, eousque saltem testamentum faciunt nullum, liberi futuri eo quoque

effectu illud tantum rumpent, nam olim non aliam ob causam illud penitus rumpebant, quâ quod præsentes præteriti illud omnino nullum facerent, hoc igitur si mutatum dicas, & illius mutatio asserenda.

OBSERV. DCCCLXV.

Nec legata debentur) Hæc ex præcedentibus explicationem accipiunt. *AUTOR* ex sua hypothesi, qua liberos suos, à Patre præteritos, testamentum penitus nullum facere, in cæteris vero casibus liberos querela inofficiosi indigere censet, recte infert, quod agnatione sui hæredis testamentum quoque penitus rumpatur, sed *CARPZOV.* & *GAILIUS* hypothesin contrariam, quod scilicet liberis in genere, sine causæ habilis expressione exclusis, testamentum sit nullum quoad institutionem, sequuntur, hinc ruptionis effectum merito etiam ad illam restringunt. Utrique hactenus recte, illi vero excusari nequeunt, qui sententiam communem quoad liberos existentes sequuntur, & tamen *AUTORI*, quoad effectum ruptionis, hic adstipulantur *vid. BERGER resolut. h. qu. 3.*

OBSERV. DCCCLXVI.

Mutatione voluntatis) Ut voluntas posterior contraria, priorem tollat, id utique naturale & necessarium est, ut autem quævis diversa, & quæ cum priori bene consistere poterat, eundem habeat effectum, id juris civilis est, cui incongruum visum fuit, si quis cum duobus testamentis decederet, quamvis nulla inconcinnitas revera subsit, *add. DECIS. SAXON. 44.*

OBSERV. DCCCLXVII.

Quæ locum etiam habet in testamentis conjugum mutuis) Hæc sententia candori Germanorum parum convenit, inprimis, quando facultas mutandi, post

post mortem alterius conjugis, aut in casu clausulæ, de non mutando adjectæ, quoque asseritur, præterea malis rationibus defenditur, hinc contrariam arbitror veriorem. Nimirum (1.) actus ille est instar reciprocæ conventionis, licet termini successionis hæreditatis aut testamenti fuerint adhibiti, cum enim jure germanico de hæreditate pacisci liceat, merito actus conjugum ex hoc præsupposito explicandus est, *vid.* Observ. 774. sed fac (2.) retinere illum naturam testamenti, attamen eo ipso, dum ambo conjuges simul testantur, satis declarant, quod facultate mutandi singuli sese abdicent, id quod eo magis asserendum, si diserte clausula, de non mutando absque alterius voluntate, sit adjecta. Atque ex hoc, facile dissipantur rationes dissentientium, quando *libertatem ultimarum voluntatum* jactant, nam in thesi illa recte asseritur, sed hic, ob intercedens pactum, cessat, vel *clausulam de non mutando, invalidam* pronunciant, nam hoc nullum aliud fundamentum habet, quam cerebrum glossatorum male purgatum, dicitur quidem hoc, sed non probatur. Denique (3.) considerandum, quod unum testamentum, velut conditionem, alterum respiciat, nam sensus est: *tu ex meo testamento eris hæres, si tuum in eodem statu reliqueris*, nam testamenta talia mutuum conjugum favorem respiciunt, & alter testatus hoc modo non esset, nisi alter sibi quoque gratum testamentum condidisset, igitur vel ex communi conditionum natura, conjux, inprimis altero mortuo, testamentum suum servare debet, quia alias conditionem factæ institutionis non impleret. Ego sane non intelligo, quomodo laudata illa mutandi

facultas, à vera impoſtura queat abſolvi, ut JCtos germanos ejus merito pudere debeat.

OBSERV. DCCCLXVIII.

Verbis, modo tum etiam elabatur decennium) Imo potius nuda revocatio legitime ſaltem, duobus ſcilicet teſtibus, vel manu teſtatoris probata, teſtamentum deſtruit, id quod utimerito tamdiu præſumitur, donec probetur contrarium, ita ejus veſtigium in *l. 1. § 8. und. lib.* exſtare non immerito exiſtimatur, ac *DECIS. ELECT. SAXON. 44. in fin.* confirmatum videtur. Non obſtat *l. 27. C. de teſtam.* fit enim ibi mentio *decennii*, non quaſi ejus lapſius ad mutationem teſtamenti ſit neceſſarius, ſed quo iis, qui ſolo decennii lapſu teſtamentum everti putabant, ſententiæ hujus ineptitudo velut exprobretur. Sic ſi quis dicat, ſe feliciſſimum eſſe futurum, ſi haberet novos calceos, alius verò hominis ſimplicitatem irriſurus, regereret, credo te talem eſſe futurum, ſi centum mille imperiales, & novos calceos haberes, tum ſane nemo exiſtimabit, quaſi hic felicitatem tam ex pecunia, quam novis calceis, æſtimet, cum ex ejus affectu liqueat, quod felicitatis unicam cauſam putet eſſe pecuniam, calceorum autem novorum irriſionis ſaltem cauſa, ſimul faciat mentionem. Eodem animo deconnium in *d. l. 27.* adduci, totus contextus ſatis arguit.

OBSERV. DCCCLXIX.

Modo poſterius ſit perfectum) Illud quæritur, ſi perfectum quidem ſit teſtamentum poſterius, ſed inofficioſum, an rumpendo priori ſufficiat? Sic purat *HUBER in prælect. ad ff. de liber. & poſth. n. 7.* adjiciens, quod everſo per querelam poſteriori, defunctus fiat inteſtatus. Cæterum uti id fortę procedit de praxi Bel-

Belgii, ita ex *l. 16. §. 1. de V. & P. S. l. 6. §. 1. de inoffic. testam.* quæ eo fine excitantur, non probatur, nam in illa saltem dicitur, quod testamentum posterius invalidum, prius non rumpat, sed inde non sequitur, quod inofficiosum, hoc præstet, cum id vel maximè sit in quæstione, an qualis qualis illa subsistentia, qua testamentum inofficiosum stricto jure gaudet, rumpendo testamento sufficiat, hæc vero docet, quod querela inofficiosi victrix defunctum faciat intestatum, sed hoc pertinet ad casum, ubi nullum aliud quam inofficiosum testamentum aderat. Nec obest *testamentum herede vel conditione destitutum, quod prius rumpit*, nam hoc perfectum est, & ob casum saltem supervenientem, effectu caret, sed inofficiosum, ob injustitiam, leges improbant.

OBSERV. DCCCLXX.

Irritum fit) Hæc doctrina hodie exiguum habet usum, nam status testatoris apud nos non facilè mutatur, heredis vero repudiatio testamentum non amplius evertit, per *Nov. 1. c. 1.* licet enim *HUBER in posit. ad J. de Leg. falcil. n. 7.* existimet, *legatariis ibi saltem quasi aditionem concedi, quando hæres adiit, ac intra annum legata non solvit, minime vero quando nulla aditio facta est*, attamen contrarium ex sententia legis, quam affectus Legislatoris & casuum similitudo ostendit, merito asseritur.

TIT. VI.

DE VULGARI ET PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

OBSERV. DCCCLXXI.

S*ubstitutio*) Ex libertate quidem naturali plures

hæredum gradus, diversa intentione, facere licet, ut hactenus substitutio cum suis speciebus, juris Gentium sit. Sed lex civilis substituendi modum varie circumscripsit, pluribusque subtilitatibus auxit, ut hoc sensu magis ad jus Romanum pertineat. De usu igitur hujus juris, hic dubitandum non videtur, quamvis ipsum substitutionis factum, à Germanis, nimiam illam & miseram Romanorum diligentiam quodammodo aversantibus, rarius fortasse suscipiatur.

OBSERV. DCCCLXXII.

Substitutus substituto est etiam substitutus instituto - obst. l. 47. h.) Regula hæc non est universalis, sed pertinet ad illum substitutionis vulgaris casum, ubi duo hæredes instituti & unus alteri substitutus, ac huic rursus extraneus substitutus est, nam tum juxta naturalem interpretationem hæc videbatur esse testatoris voluntas, ut si institutus primo deficeret, adeoque ejus portio alteri cohæredi substituto offerretur hoc etiã deficiente, omnem hæreditatem, mediante substituto cohærede, acciperet substitutꝰ extraneus, ast si turbato ordine, prius deficeret cohæres substitutus, deinde institutus, illius saltem portionem haberet. Verum cum hac ratione defunctus partim testatus partim intestatus decederet, quod juri Romano adversatur, igitur vi hujus præsuppositi substitutio sic fuit accipienda, ut substitutus in omnem eventum totam hæreditatem acciperet. Non obstat *l. 47. h. t.* agit enim de substitutione pupillari, quod tollendo dubio sufficit, nam in illâ interpretationi naturali inhærere licet, cum per eam regula moda allata non offendatur. OBSERV. DCCCLXXIII.

Vel si suus se bonis immiscuit) Substitutio vulgaris etiam

etiam suo hæredi fieri poterit, hinc hac substitutione fui tatem non tolli, vulgo dicunt. Equidem, cum suus hæres ipso jure statim acquirat hæreditatem, substitutio vulgaris, semper inanis videtur, utpote cum substitutus per institutum, ipso jure existentem, excludatur. Verum ea non impediunt substitutionem vulgarem, potest enim (1.) suus hæres ante patrem mori, vel (2.) â Patre emancipari, ac emancipatus hæreditatem repudiare, quibus casibus dubio procul substitutio effectum habet. Imo licet (3.) suus post Patrem vivat, attamen acquisitio hæreditatis legalis, spem substituti non statim extinguit, cum sit imperfecta ac ab arbitrio ipsius hæredis adhuc suspensa, hinc si suus hæres abstineat, acquisitio illa legalis evanescit ac substitutus admittitur, quod si autem se immisceat, atque ita acquisitionem legalem approbet, vel antequam abstineat, decedat, & sic jus adeundi in hæredes transmittat, hique adeant, tum demum substitutus excluditur.

2. Ex his etiam facile solvitur hæc quæstio: Filia abstinens hæreditate Patris ob æs alienum, petit avitam, ut vulgariter substituta patri suo, qui quidem non miscuerat se bonis paternis, at nec abstinu isse probabatur. Filia dicit, Pater meus non fuit hæres, ego substituta sum in casum, si hæres non sit; ergo ad me bona spectant. Creditores patris ejus respondent: Tuus pater fuit ipso jure hæres, & sic bona ei acquisita fuere, nobisque in ea agere licet. Filia replicat, Pater meus accepit vulgarem substitutum, & sic voluntarius hæres factus est, nec ideo fuit hæres, quia facto non adiit. Creditores replicant, imo mansit hæres suus & necessarius, & bona quæsivit ipso jure, Quæ-

ritur

ritur quid juris? *HUBER. in posit. ad ff. h. t. n. 18.* eo inclinare videtur, quod contra filiam pronunciandū. Sed pro illâ pronunciarem, licet enim hoc Creditoribus dandum sit, quod ad Patrem ipso jure bona fuerint devoluta, attamen sicut ipse abstinere atque ita acquisitionem illam legalem in irritum deducere potuisset, ita filia ipsius hæres, ejus nomine abstinere *l. 7. § 1. de A. & O. H.* ac simul hæreditatem paternam rejicere, deinde verò ut avo substituta, avitam hæreditatem vindicare potest. Imo, licet ponamus, Patri extraneum fuisse substitutum, attamen idem adhuc dicerem, nam substituens adjiciendo substitutū, quantum in se fuit, ex instituto, hæredem mere voluntarium fecit, ab ejusque arbitrio acquisitionem hæreditatis suspendit, licet vero nihilominus acquisitio legalis adhuc interveniat, illa tamen non eo pertinet, ut inscio hæreditatem obtrudat, sed ut jus immiscendi, in hæredes instituti saltem transferat, quod si igitur institutus, ob Creditorum multitudinem, nullum habeat hæredem, acquisitio legalis, utpote ob effectum transmissionis facta, evanescit, adeoque substitutus hæreditatem substituentis consequitur. Cardo igitur quoad hos casus in eo vertitur, ut acquisitionem legalem recte æstimemus, nec ejus effectum ultra debitos limites proferamus, in quo sane interpretes, ex nimia fortassis subtilitatum Romanarum admiratione, falluntur.

Observ. DCCCLXXIV.

Mater obst. l. 33.) Matrem non posse aperte & sub consueta formulâ pupillariter substituere, & de jure civili certum, & hodie quoque observari puto, sed in *l. 33. h. t.* isti juri fraudem esse factam, adeo ut levi colore

lore adhibitio, mater pupillariter possit substituere, non minus arbitror, nam vulgaris responsio, quod *tabula pupillares ibi impropriè ab* objecto *non à* substitutionis forma *sic dicantur*, nimis diluta est. Ait JCtus *Si mater ita testetur, ut filium impuberem, cum erit quatuordecim annorum, hæredem instituat* (i. e. si mater filium hæredem instituat, ac possessionem in tempus pubertatis differat, nullum enim alium sensum illam instituendi formam habere, recte attendentibus facile patet) *eique pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit* (i. e. si sibi hæres quidem erit sed ad bonorum possessionem non perveniet) *alium substituat*, (adeoque in effectu pupillariter) *valet substitutio*. Merito igitur *BERLICH. d. Dec. III.* hanc substituendi formam *cautelam* dicit, cum revera in fraudem juris recepti eadem tendat. Interim improbandum hoc non est, nam positiva, ejusmodi, sunt mutabilia, nec matri talis facultas invidenda, quo loco tamen id monendum, quod ad bona filii propria illa substitutio non porrigatur.

Observ. DCCCLXXV.

Fit eum in casum, si hæres erit & infra pubertatem decesserit lit. fr.) Est hæc formula ordinaria, ubi observandum, quod verbis: *si hæres erit*, etiam satisfactum sit, modo pupillus ipso jure hæres exstiterit, licet ab hæreditate paterna abstineat, unde regula: *sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares l. 42. pr. de A. O. H. l. 44. de re judic. vid. HUBER posit. ad J. de subst. pupill. n.* 7. Hinc si filius ab hæreditate paterna abstineat, substitutus vi substitutionis vulgaris tacitæ, bona Patris consequi poterit, si velit, quodsi deinde filius ante pubertatem moriatur, hujus

quo-

quoque hæreditatem, ex substitutione pupillari, per solam sui hæredes existentiam confirmata, lucrabitur.

OBSERV. DCCCLXXVI.

Hinc substitutio exhæredato facta, proprie pupillaris non est, lit. fr.) Hoc casu, juxta communem sententiam, cujus in præcedentibus aliquoties meminimus talis formula erit adhibenda: *Cujus hæres esto, filius meus, quia insidias vitæ mihi struxit, esto exhæres, si ante pubertatem moriatur, Sempronius ei sit hæres.* Effectus est, si exhæredatio consistat, ut substitutus bona pupilli materna similiaque lucretur, si verò per querelam inofficiosi evertatur, aut ipso jure nulla sit, omissa scilicet exclusionis causâ, tum substitutio tamen manet, ac plenissimum, eveniente casu mortis, habet effectum, adeo ut substitutus bona tam â Patre quam aliunde profecta accipiat. Illud notandum, quod consistente exhæredatione filii & institutione extranei, hic hæreditatem adire debeat, ut consistat substitutio pupillaris, hinc regula est; *aditam esse oportet hæreditatem ex testamento paterno, ut valeat substitutio pupillaris l. 2. §. 1. h. t.* quam frustra vellicat *HUBER in posit. ad ff. h. n. 11. seqq.* dum sententiam eorum, â quibus dissentire voluit, non satis est assecutus, ceu *THOMAS. in not.* recte ostendit. Cæterum hodie illa regula locum amplius non habet, admissâ communi sententiâ modo indicatâ, nam si substitutio pupillaris subsistit, institutione licet eversâ aut ipso jure nullâ, eadem quoque valebit, quamvis ob defectum aditionis, hæc evanescat.

OBSERV. DCCCLXXVII.

Non etiam ex damnato coitu natis) Procedunt ista

ex

ex vulgari hypothesi, qua liberis hisce omnibus successio negatur, ast si cum recentioribus nonnullis, jus succedenti iis tribuas, *vid.* Observ. 793. 856. tum etiam mater illis exemplariter poterit substituere.

OBSERV. DCCCLXXVIII.

Aut parentes lit. fr.) Parentes in substitutione exemplari posse omitti, post alios putat *STRUV. S. J. C. exerc. 33. §. 34.* quæ sententia jure codicis, quo parentes fratribus in succedendo haut erant æquales *l. 3. 4. C. de bon. quæ liber.* defendi posse videtur. At postquam *Nov. 118. c. 2.* parentes, fratribus & sororibus, hac in porte sunt exæquati, ideo *AUTOR* in substitutione exemplari, omnium illorum habendam esse rationem putat, cum substitutio hæc, juri succedendo ab intestato, videatur attemperata, quorsum pertinet, nisi fallor, allegatio *l. 35. pr. de pact. l. 93. §. 3. de Legat. 3.* quæ præcedit. Hoc si admittas, jure Saxonico Parentes in substitutione exemplari, etiam præferendi erunt fratribus & sororibus, quia in successione ab intestato hos excludunt.

TIT. VII.
DE CONDITIONIBUS INSTITUTIONUM.

OBSERV. DCCCLXXIX.

DE *conditione*) Testatorem pro suo lubitu institutionibus posse adjicere conditionem vel simile quid, id ex libertate naturali facilè intelligitur & juris Gentium est, hypotheses tamen juris Romani libertatem istam non indistinctè admittunt, quo sensu hæc tractatio ad jus civile pertinet.

Ob-

Observ. DCCCLXXX.

Sub contraria conditione fuerit exhæredatus) Voluntas igitur sic concipienda erit: *Filius meus hæres erit, si Mevius consul fuerit factus, si non, exhæres esto*, juxta communem sententiam, addenda erit hodie etiam causa v. gr. *quia gravi injuria me affecit*, nam alias, hac omissa, voluntas, utpote non juxta formam juris declarata, statim est nulla. Effectus igitur est, ut conditio sit expectanda; si existat, filius omnem habebit hæreditatem, si deficiat, tum instituet querelam inofficiosi, pro cujus diverso eventu, vel hæreditatem, vel nihil accipiet. Alimenta interim liberis præstanda erunt si non habeant, unde vivant.

Observ. DCCCLXXXI.

Quod etiam hodie obtinet obst. l. 32. C. de inoff. testam.) Potest hoc defendi, nam *d. l. 32.* negat saltem, quod Legitimæ possit conditio molesta adjici, hiç vero est quæstio de tota hæreditate, quæ non perinde ut illa liberis debetur, dein supponit *d. l. 32.* quod nulla justa exclusionis causa subsit, & in hac suppositione conditionem adjectam improbat, verum, hic justa causa supponitur, ob quam â legitima etiam liberi repelli possunt.

Observ. DCCCLXXXII.

Sine distinctione) Nec etiam amplius distinguendum erit inter patrem & matrem, nam hanc post *Nov. 115.* eâdem forma liberos instituere aut excludere debere, qua Pater id peragit, comunis est sententia, quam hactenus aliquoties, ad dijudicanda consectaria, supposuimus. De cætero talem instituendi & exhæredandi rationem, qualem hactenus vidimus, in vita civili frequenter occurrere, nolim dicere.

Tit.

Tit. VIII.

DE JURE DELIBERANDI.

Observ. DCCCLXXXIII.

Jus deliberandi) Apud Romanos rigidior illa obtinebat sententia, ut si quis adiisset hæreditatem, creditoribus in solidum obligaretur, *conf.* BERGER *in resolut. b.* quod ideo introductum videtur, quo malitia hominum eo efficacius reprimeretur. Solent enim perversi, rebus alienis manus parum fidas injicere, bona iminuere, ac, quando aliis exinde aliquid solvendum est, quantitatem negare, imo perjurii periculum, si jurata assertio postuletur, subire. Ne igitur hæredes hac ratione alios læderent, tempestive aditio, necessitate ilia solvendi solidum, onerata est. Stante autem hac sententia, hæredes in genere, cautos esse oportet, ne vel repudiando hæreditatem opimam, vel adeundo damnosam, se ipsos lædant, hinc exortum *jus deliberandi*, quod adeo ex hypothesi juris Romani profluit.

Observ. DCCCLXXXIV.

Intra annum à tempore primæ scientiæ primi hæredis) Quodsi tamen hæres sit mortuus, ubi delationem scire non poterat, v. gr. ante testamenti publicationem, tum ejus hæredes ad jus deliberandi & consequenter, adeundi, mediante restitutione in integrum adspirare posse, idque intra triginta annos, censet *CARPZOV. p. 3. C. 14. D. 24.* quam sententiam uti ab æquitate non abludere puto, cum jus transmittendi, ex voluntate defuncti, simpliciter videatur esse asserendum, ita terminus petendi nimis longus videtur, hinc ex placitis juris Romani, quadrien-

nio, restitutionis petitio erit coarctanda juxta *l. 7. C. de tempor. in integr. restit.*

BENEFICIUM INVENTARII.

OBSERV. DCCCLXXXV.

Hoc inventarium) Poterat igitur sibi hæres deliberatione prospicere, sed inde taman incommodum aliquod in creditores redundabat, dum diutius paululum, quam res eorum ferebant, hæredis declarationem expectare cogebantur. Introductum igitur est *inventarium*, quo hæres & juxta votum creditorum statim adire, & sibi tamen etiam prospicere poterat. Quatenus igitur Inventarium est *medium vel instrumentum necessarium, onus, vires hæreditatis excedens, arcendi*; eatenus ex jure Romano est, quatenus vero idem *pro arbitraria rerum designatione* accipitur, eatenus est juris gentium.

OBSERV. DCCCLXXXVI.

Vid. Carpz. p. 3. C 33. D. 18.) In foro Saxonico & forte etiam alibi, rigidior illa juris civilis interpretatio cessat, hinc hæres sine deliberatione & inventario adiens, ultra vires hæreditatis tamen non tenetur modo *Juratam specificationem* edat, ad quam sibi invicem etiam fratres & sorores tenentur *DECIS. SAXON. 56.* Ex eo autem tria consequi arbitramur, (1.) quod hodie jus deliberandi cesset, adeo ut hæres ad id non sit admittendus, cui bono enim moras nectit, qui sine periculo statim adire potest? nec obstat *DECIS. SAXON 57.* nam jus deliberandi, de quo ibi sermo, non pertinet ad hæreditatem *adeundam*, sed aditam *repudiandam*, (2.) quod inventarium sub forma juris civilis non amplius occurrat, sed juxta jus Gentium

tium saltem ut rerum designatio, spectetur, hinc etiam modus illud conficiendi, jure civili præscriptus, hodie fere negligitur (3.) quod quis aditam hæreditatem iterum repudiare queat, & licet illa facultas *d. DECIS. 57.* ad annum restringatur, non videtur tamen magnus illius rei esse effectus, cum etiam post annum, ultra vires hæreditatis, propria voluntate haut imminutæ, hæres non teneri dicatur.

LIB. XXIX. TIT. I.

OBSERV. DCCCXXXVII.

TEstamentum militis) Quemadmodum lex positiva modum testandi præscribit adeoque libertatem naturalem restringit, ita nonnunquam hanc restituit, ex quo oriuntur *testamenta privilegiata*, quæ ab arbitrio testatorum maximam partem quidem dependent, subinde tamen legis civilis placita adhuc observanda sunt,

OBSERV. DCCCLXXXVIII.

Inter solos liberos) Igitur Pater testamento privilegiato non potest simul instituere uxorem, præterea, si etiam testamentum solenne condat, non potest uxori, in præjudicium legitimæ liberorum, usumfructum omnium ponorum concedere, nisi forte statuta permittant, *vid. CARPZ. p. 3. C. 12. D. 6. 7.*

OBSERV. DCCCLXXXIX.

Et nepotes licet filius adhuc vivat ---- obst. l. fin. C. fam. erc.) Responsio, qua *CARPZOV d. l.* aliique utuntur, quod *d. l. fin.* per *l. 21. §. 1. C. de testam.* sit correcta, nimis violenta videtur, cum nullo vel legis corrigendæ, vel correctionis fiat mentio; quod tamen in legibus fieri solet, hinc potius *d. l. 21.* velut poste-

 rior,

rior, juxta *d. l. fin.* velut priorem, interpretanda foret, ex monito *l. 26. seqq. de L L.* Dixerim igitur potius, *suos haeredes* in *d. l. fin.* non sumi proprie & exquisite, pro iis qui immediate in potestate existunt, sed improprie & late, pro iis qui utcunque in potestate sunt, hoc enim & comparatio cum emancipatis liberis, & oppositio extraneorum satis ostendit, & verba: *qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse,* amplius persuadent, videntur enim innuere casum, ubi cum liberis primi gradus, remotiores illiisque subordinati concurrunt, nam si remotiores nemo antecedat, tum non *videntur*, sed revera *sunt pares* illis, qui primum gradum tenent.

OBSERV. DCCCXC.

Nisi duo testes adhibiti) Per *Nov. 107. c. 1. vers.* si tamen *junct. l. 12. de test.* his enim textibus probant, quod legatum extraneæ personæ relictum, adhibitis duobus testibus valeat, non obst. *l. fin. C. de Codicill.* hæc enim per *d. Nov. 107.* restricta censeri debet. Ita pro *AUTORE*, sed juxta rei veritatem probabilius videtur, si *d. Nov. 107.* indefinite de testibus loquentem, non de *duobus*, juxta *l. 12. de test.* sed potius secundum *l. fin. C. de Codic.* tanquam textum specialem, ac ad materiam hanc pertinentem, de *quinque testibus* interpretemur. *conf. BERGER h. qu. 5.*

OBSERV. DCCCXCI.

Novi testamenti confectione) Non satis expeditum est, an & in quantum testamentum Parentum, per aliud mutari queat, vel illud aliis deroget, circa quod tamen si præsupponamus, quod laudatum Parentum testamentum, in suo genere sit perfectum, de mutatione eò facilius judicari poterit. Sic igitur putem (1.)

te-

testamentum inter liberos sive solenne sive privilegiatum, per posterius inter liberos privilegiatum tollitur, nam hoc perfectum est, adeoque etiam quoad potestatem mutandi, testamenta perfecta imitabitur. Consentit *CARPZOV. p. 3. C. 4. D. 25.* ac aliquo modo *STRYK in not. h. ad pag. 503.* sed dissentire videtur (si ejus sententiam recte assequor) *BERGER in resol. de injust. rupt. irrit. testam. qu. 5.* (2.) *testamentum in quo extranei instituti, per posterius inter liberos privilegiatum rumpitur* propter rationem modo tatam, *vid. l. 2. de inj. rupt. irrit. testam.* nec opus est, ut quinque adhibeantur testes, ceu nonnulli præcipiunt ex *l. 21. §. 3. C. de testam.* nam *d. l.* pertinet ad hæredes ab intestato, qui præter liberos occurrunt, nec enim probabile est, hos & illos conjungi ac eodem jure censeri (3.) *testamentum inter liberos, per posterius, in quo extranei instituuntur, non aliter tollitur, quam si perfectum & solenne sit*, per jura communia ac *Nov. 107. c. 2.* Requirunt insuper interpretes clausulam revocatoriam, quæ tamen non aliqua lege scripta, sed æquitate saltem, nititur. (4.) *Quodsi in posteriore testamento liberi & extranei instituantur, tum etiam prius non tollet, quam si fuerit solenne*, ex sententia *AUTORIS*, cui accedere videtur *Dn. STRYK in not. h.* sed crediderim *posterius, licet minus solenne, eundem habere effectum & quoad extraneam saltem personam non valere, arg. l. 21. §. 1. C. de testam.* Quoad alia *conf. CARPZ. p. 3. C. 4. D. 22. 23. DECIS. SAXON. 46. STRYK in not. ad Br. J. E. l. 2. c. 12.*

§. 2.

Tit. II.

DE ACQUIRENDA VEL OMITTENDA HÆREDITATE.

Observ. DCCCXCII.

D*Elatio*) Circa hæreditatem occurrere *delationem* & *acceptationem* jam diximus Obſerv. 846. & debebat merito illius indoles, ſub initium hujus materiæ explicat, ſed AUTOR nimis ſerò nunc quædam de ea proponit, poteſt etiam ſic dici: Defertur hæreditas vel *tacite* vel *expreſſe*, & hoc vel *ſolenniter* vel *minus ſolenniter*, *directe* vel *indirecte*; utramque porro delationem, tacitam ſcilicet & expreſſam, cum ſuis ſpeciebus, dirigit apud Romanos, vel lex civilis vel jus Prætorium.

Observ. DCCCXCIII.

Acquiſitio) Acceptatio hæreditatis oblatæ, perinde quidem juris Gentium eſt ac acceptatio aliorum jurium, quæ per contractus offeruntur, interim multa ejus intuitu conſtituit lex Romana, quo ſenſu adeo illa juris poſitivi eſt.

Observ. DCCCXCIV.

Pro diverſitate hæredum) Plenius, jurique recentiori magis conformiter de hæredum varietate ita pronunciandum: Hæredes conſiderantur vel (1.) quoad *voluntatem defuncti*, tum ſunt *teſtamentarii* aut *legitimi* ſive ab *inteſtato*, vel (2.) *propriam*, & ſunt aut *neceſſarii*, qui hodie non amplius occurrunt, aut *voluntarii*, hi iterum vel *ſui* vel *extranei*.

Ob-

OBSERV. DCCCXCV.

Per procuratorem & aliam personam adiri non potest. lit. S.) Doctrina hæc eo tendit, hæreditatem non posse ita per alium acquiri, ut ei directe, hæredi verò saltem utiliter acquiratur, hinc Procurator hic saltem erit instar nuncii, & hæredi soli acquisitio fiet, facilè interim liquet, harum tricarum hodie nullum esse usum.

OBSERV. DCCCXCVI.

Hæredis hæres regulariter non potest adire) Sunt, qui putant, hoc ex qualitate juris fluere ac ratione necessarie niti, *vid. HILLIG. ad Donell. l. 7. c. 4. lit. c.* quod ego non temere crediderim, est potius negatio transmissionis meri juris positivi, & ideo forte hæredis hæredi jus adeundi negatum, quo, ut judicat *DUARENUS apud Hillig. d. l.* eo plura caduca fisco cederent. Alias si ex voluntate defuncti hæc res decidenda foret, putarem hæredem hæredis in acceptanda hæreditate tantum juris habere, quantum hæc res ipse habet, quo posito cessarent spinosæ exceptiones, ex jure suitatis, sanguinis & deliberandi depromtæ. Æquitate igitur se commendat sententia *Coleri Decis. 68. n. 13.* in genere hæredis hæredi jus adeundi tribuendis, utut illa aliis non placeat *conf. BERGER in not. h.*

OBSERV. DCCCXCVII.

Hodie in quibusdam locis etiam possessio b. m. ipso jure acquiritur) Ex vanis interpretum assertionibus, quæ nullum effectum habent, nam possessio ejusque effectus proprii, neque jure civili neque moderno, imediate, sine apprehensionis facto in hæredem transeunt, & nullus etiam contrariæ assertionis est effectus, nam contra detentores rerum hæreditariarum agi

poteſt remedio ſummario, ſeu interdicto adipiſcendæ poſſeſſionis, ut in actore poſſeſſionem, dejectionem & interdictum recuperandæ poſſeſſionis fingere, nulla cogat neceſſitas, fluit nimirum illud ex juris hæreditarii certitudine ac evidentia, confirmatione judicis ſimilibusque circumſtantiis. Porro res vacuas hæredi propria autoritate occupare licebit, licet nullam poſſeſſionem immediate translatam in eo fingas, quodſi autem alius reſiſtat, tum eas occupare non poterit, licet poſſeſſionem in eum immediate translatam ſupponas. Interim decantatæ illius conſuetudinis originem ex legibus Taurinis Hiſpanorum deducit *EICHEL in diſp. de* Trans. Poſſeſſ. *Helmſt. hab. 1655. §. 18.*

TIT. III.

TESTAMENTA QUEMADMODUM APERIANTUR, INSPICIANTUR ET DESCRIBANTUR.

OBSERV. DCCCXCVIII.

D*E apertura tabularum*) Quo voluntati defuncti ſatisfiat, teſtamentum & exhibendum & aperiendum eſt, & omnes quidem quorum intereſt, naturaliter ejus aperturam petere poſſunt, ſicut Magiſtratus aliique ad eam faciendam, ex eodem principio tenentur; Cum porro hæredipetæ etiam circa aperturam, falſa committere ſolerent, hinc magna cum circumſpectione apertura erat facienda, quas cautiones uti communes prudentiæ regulæ ſuppeditant, ita apud Romanos eo magis erant obſervandæ, quo major hæredipetarum erat aſtutia.

OB-

OBSERV. DCCCXCIX.

Est vel simplex) Malim dicere, quod apud Romanos apertura fuerit vel *Extraordinaria* vel *Ordinaria*, nam quoad solennitates nihil cautum reperitur. Illa est, quando absentibus signatoribus & causa tamen aliqua urgente, adhibitis bonæ opinionis viris, testamentum aperitur *l. 7. h. t.* Hæc vero, quando signatores sigilla sua ante inspiciunt ac recognoscunt, ac postea testamenti apertura fit *l. 4. 5. 6. 7. h. t.* Nimirum primis temporibus testes in parte externa testamenta signabant, hinc nondum aperto testamento aut iterum obsignato, sigillorum inspectio fieri poterat *vid. THOMAS. dissert.* de captator. instit. §. 24. Cæterum, uti fortassis apud Romanos, successu temporis alia testamenta conficiendi & signandi ratio invaluit, de quo *SALMASIUS* & *HERALDUS* olim disceptarunt, referente *THOMASIO d. l.* §. 25. *seqq.* ita in Germania certum est, quod testamenta confici ita soleant, ut sigilla testium ac subscriptiones, clauso testamento, inspici ac recognosci nequeant, ex quo necessario consequitur, quod ordinaria aperindi testamenta ratio, quæ apud Romanos locum habebat, apud nos non obtineat, ridiculum enim erit exigere ante aperturam, sigillorum recognitionem, quæ testamento nondum aperto, fieri nequit, ut omnino ineptiant glossatores, quando aperturam Romanam, peculiares mores præsupponentem, cuivis Reipublicæ applicant.

2. Hodie igitur putem duplicem aperiendi rationem obtinere, vel enim *extrajudicialiter* aperiuntur testamenta, nam hoc fieri posse non dubito, & optimum quidem fuerit, si contradictio vel lis metuatur,

adhibere Notarium cum teſtibus, vel *judicialiter*, cumque Judices habeant aſſeſſores ſuos & actuarium, pro quibus omnibus veritatis & juſtitiæ eſt præſumtio, hinc ſi ab ipſis apertura ſuſcipiatur, ea pro legitima erit habenda, quamvis ſi alii etiam bonæ opinionis viri ſimul adhibeantur, id, velut cautela abundans, non ſit improbandum ſed potius laudandum. Hactenus igitur neque ii quorum intereſt, neque teſtes ad aperturam citari debent, omnes tamen vocantur, ſed alio fine, illi ſcilicet, non quod aliquæ eorum circa aperturam ſint partes, ſed quo ſaltem teſtamenti aperti tenorem intelligant, hi verò, quo ſua recognitione, vim probandi, tabulis teſtamenti concilient, quæ duo cum apertura male vulgo confunduntur, *vid. CARPZ. d. p. 3. C. 5. D. 24. 25.* De cætero apertura judicialis vel circa teſtamenta judicialia vel privata locum habere poteſt, & regulariter quidem ad inſtantiam alicujus fieri ſolet, nonnunquam tamen etiam à judice proprio motu ſuſcipitur. *CARPZ. d. D. 25.*

OBSERV. CM.

Convocatis hominibus) Hæc definitio neque juri Romano, neque moribus convenit. Nam illo teſtes quidem erant vocandi, aut ad ipſos teſtamentum mittendum, quo ante aperturam, ſigilla recognoſcerent ſed eodem etiam fuiſſe citatos illos, quorum intereſt, id ex nullo textu *h. t. ff.* & *C.* probari poteſt, ſolebant quidem hi aperturam petere, & tum petentes ultro aperturæ interfuiſſe, non negem, ſed quod omnes citari debuerint, hoc gratis utique dicitur, cum judex ante tabulas apertas illos ignoraverit, aut ſaltem certo haut ſciverit. Hodie vero neque teſtes neque eos, quorum intereſt, ad aperturam citari, ſed eorum vocatio-

cationem alio pertinere, & male illa ab interpretibus cum apertura confundi, modo admonui.

OBSERV. CMI.

Petunt eam hæres) Hoc caput & sequens *lit. O.* naturale est, quid enim æquius, quam ut is, cujus interest, exhibitionem & aperturam testamenti rogare queat? nec crederim semper esse exigendum juramentum calumniæ, sed tum demum, si circumstantiæ hoc suadeant, denique tricæ Romanæ de usu interdicti & actionis ad exhibendum, hodie non valde observabuntur, cum processu brevi & mandatis compulsorialibus, semper exhibitio testamenti obtineri posse videatur.

OBSERV. CMII.

Aperturam sequitur publicatio) Posse testamentum privatum ad archivum referri, ac publici instrumenti efficaciâ donari, concedo, & hactenus ea, quæ post alios tradit *CARPZOV. d. p. 3. C. 5. D. 25.* & sequitur *AUTOR h.* admitto. Sed quod talis publicatio vel ad archivorum relatio sit necessaria, id utique veterum glossatorum commentum est, nulla ratione subnixum, quorsum enim pertineret (1.) tantus solennitatum apparatus, si testamenta privata propria virtute haut probarent? imo cum (2.) alias instrumenta trium testium subscriptione munita plene probent, ceu ex *l. 11. C. qui potior. in pign.* ipse *AUTOR* docuit *de fit. Inst.* mirum foret, si testamenta propriâ probandi virtute destituerentur. Denique (3.) *l. 18. C. de testam.* nihil in contrarium facit, nam verba *in eodem loco reserventur* non ostendunt, quod publicatio necessario sit facienda, sed quod peti possit, quod verba antecedentia: *publicari solent*, arguunt, præterea ibi non agi-

agitur de *publicatione*, qualem glossatores supponunt, sed de *simplici custodia*, quæ saltem, intuitu collegii particularis, ex consuetudine asseritur, denique verba modo relata, dubia sunt, cum potius legi debeat: *in eodem resceremur*, ceu admonuit *Dn. THOMAS. in dissert.* de captatur instit. §.30. ob *l. 4. C. Theod. tit. scil. 4. lib. 4.* ex qua *d. l. 18. C. de testam.* desumta est.

OBSERV. CMIII.

Quod hodie vix observatur) Non tamen ob rationem additam, sed quia publicatio non est necessaria, testamenta enim privata per se probant. Quo autem vi probandi gaudeant, testium recognitio erit adhibenda, eo igitur fine, non propter aperturam, citari solent, neque tamen recognitio illa præcise erit necessaria, cum possit etiam per alios, manum & sigilla intelligentes, aut per comparationem literarum & sigillorum, authentia ostendi. Ex quo ultro sequitur, quod uno aut altero, imo omnibus testibus mortuis, fides testamenti non intercidat, quod nonnulli ex falsis hypothesibus asserunt, *vid. STRUV. S. J. C. exerc. 34. §. 42.* Imo si duo testes, etiam fœminæ, de testamento legitime facto, testentur, illud hac ratione satis probari censet *Dn. BERGER in resolut. qui testam. fac. poss. qu. 4.* adeò, ut uno teste existente, suppletorio juramento etiam locus fieri possit, quæ sententia rationem habere videtur.

TIT.

Tit. IV.

SI QUIS OMISSA CAUS. TESTAM. AB INTESTATO VEL ALIOMODO POSSIDEAT HÆREDITATEM.

Observ. CMIV.

SI hæres scriptus sit) Sæpe hæredes scripti & legitimi, contra voluntatem defuncti, legata intervertere adque adeo officium naturale, tam defuncto quam legatariis debitum, eludere conantur, horum igitur fraudem reprimit Prætor ac contra versipelles actiones ita concedit, ut juxta gradum malitiæ suæ singuli teneantur, quæ omnia adeo non Romana, sed naturalia sunt.

Tit. V.

DE SENATUS CONSULTO SILANIANO ET CLAUDIANO, QUORUM TESTAMENTA NE APERIANTUR.

Observ. CMV.

HOdie hoc non observatur) Eatenus sanctionem hanc pœnalem adhuc hodie servari, ut, si hæres nullo modo necem defuncti ulscifcatur, ac ne quidem denunciationem eo nomine faciat, velut indignus hæreditate privetur & hæc fisco adjudicetur, docet *Dn. D. GOEZE in pecul. differt.* de Confiscanda Hæreditate ob inultam mortem *Lipf. hab. 1699.* afferens in specie §. *24.* quod jus Saxonicum *l. 2.* Land-Recht *art. 16.* à jure Romano hac in parte non valde abludat.

Tit.

TIT. VI.

SI QUIS ALIQUEM TESTARI PROHIBUERIT VEL COEGERIT.

OBSERV. CMVI.

SI *testamentum fieri*) Triplex hic proponitur delictum, quod intuitu ultimæ voluntatis solet committi (1.) *quando hæres ab intestato vel tertius testamentum fieri* (2.) *hæres scriptus aut tertius factum tolli prohibet.* Utrumque est contra legem naturalem, non tantum ideo, quod quis testatorem in sua libertate turbet, sed & quod alii hæreditatem intercipiat, nam ex voto defuncti ad eum jam pertinebat, sed impediens genuina probationis media subduxit. Utroque igitur casu damnum læso est pensandum, & hæredes delinquentes insuper sperato lucro â fisco privantur quæ tamen dispositio nimis avara videtur, (3.) *quando quis dolo vel metu alterum inducit, quo se hæredem vel legatarium faciat,* hoc casu, si delictum debite probetur, testamentum naturaliter est nullum, & cogens vel decipiens sperata re excidit, ac insuper lege positiva punitur *b. t.*

OBSERV. CMVII.

Testamentum est ipso jure nullum) De hoc parum laborandum videtur, cum hic nihil intersit, utrum ipso jure testamentum nullum, an evertendum dicas. De eo potius quæri potest, *an in casu coactionis vel deceptionis hæreditas fisco cedat?* antiqua quæstio est *vid.* CARPZ. *p.* 3. *C.* 5. *D.* 16. quam in specie affirmat STRUV. *J. F. l.* 2. *tit.* 22. *n.* 5. & HUBER *in posit. h. t.* Sed cum cogens vel decipiens ex testamento invalido

nihil acquirat, hinc ei nihil auferri potest à fisco, & si hoc fiat, non tam delinquenti quam hæredibus ab intestato aliquid aufferretur, quare alii quæstionem negandam putant, quod etiam CARPZOV. d.l. præjudicio firmat. Cæterum uti hanc sententiam æquam censeo, ita nihilominus putem, ex rationibus fiscalibus, etiam pro fisco pronunciari posse, nam ita quidem est, quod dolus aut vis efficiat, ne delinquentijus acquiratur, sed & hoc operatur prohibitio, nam si hæres ab intestato testamentum fieri, aut scriptus factum tolli vetet, tum uterque hæreditatem ex voluntate defuncti coacta tenet, cum autem vis, quæ hæreditatem auferri prohibet, pœnam fiscalem non excludat, nec vis, quæ eam dari imperat, illam impediet, nec obstat, quod hac ratione non delinquens, sed hæres ab intestato puniatur! Neque enim hoc fit, cum cogens, præstita licet fisco hæreditate, perinde ut prohibens, aliis, ad quos hæreditas alias fuisset devoluta, ad interesse teneatur.

TIT. VII.
DE JURE CODICILLORUM.
OBSERV. CMVIII.

C*odicillus*) Postquam lex civilis libertatem testandi variè restrinxerat, deinde tamen iterum permisit, ut voluntate non adeò solenni, & hæreditatem, sed cum aliqua imminutione, dare & alia disponere morituris liceret, hinc exortus est *Codicillus*. Cujus *origo* ex hypothesi libertatis naturalis semel restrictæ, legi positivæ rectè tribuitur, quæ etiam ejus *requisita*, *effectum* & *contraria* amplius determinat *h. t.* licet multa ab arbitrio morientium etiam dependeant, adeoque juris Gentium sint.

Og-

Observ. CMIX.

Testes hic esse possunt etiam legatarii) In recentioribus editionibus hæc periodus plane immutata est, ac ita legitur: *Testes hic non esse possunt legatarii Zepper de Codic. c. 8. n. 29. Richter ad l. 22. n. 21. C. de testam. Brunnem. ad l. 20. n. 9 qui test. fac. poss. Reusn. de Codicill. c. 16. n. ult. Non obst. 21. h. diss. Carpz. Dec. 152. ob. §. 11. J. de T. O. v. l. 22. C. de test. bene tamen mulieres* &c. sed illam correctionem & â mente *AUTORIS*, & â veritate abludere arbitror, nam quod *totum negotium inter legantem & legatarios geri existimetur*, id falsum videtur, cum in Codicillis *totum aliquod negotium*, æstimatione Romana, plane non occurrat, ut pote quod ex universalitate hæreditatis judicandum.

CLAUSULA CODICILLARIS.

Observ. CMX.

Est clausula) Clausula Codicillaris & Codicillus ab intestato in subsidium factus, qui enim testamentum cum clausula codicillari condit, is duplicem habet intentionem, ut ipsius ultima voluntas valeat instar testamenti, & si hoc præter spem esse nequeat, subsistat tamen tanquam Codicillus ab intestato factus. Longe igitur hæc testandi ratio differt ab ea, qua testamentum, & seorsim codicillos facimus, tum enim utrumque simul valere volumus, hinc testamento sublato nec Codicilli subsistunt.

Observ. CMXI.

Sustinet testamentum alias vitiosum) De effectu clausulæ Codicillaris ita generaliter pronunciandum. Si desit (1.) aptitudo testantis (2.) voluntas non suffici-

ficienter declaretur (3.) solennitas codicillaris deficiat, aut adsit (4.) incapacitas in hærede, vel illo, cujus intuitu aliquid disponitur, tum clausula codicillaris nihil operatur, quia Codicilli etiam seorsim facti non valerent. Si vero (1.) testamentum solennibus testamentariis destituatur, vel (2.) ex defectu formæ internæ nullum sit, aut (3.) rumpatur, vel (4.) sit in officiosum, tum ex communi interpretum sententia, clausula Codicillaris in vim fideicommissi id sustinet. Equidem tres posteriores effectus, monstrosi videntur *HUBERO in posit. ad J. de Codic. n. 17.* cum *pro monstro sit, ut, quæ leges per solenne testamentum fieri vetant, ea prætextu Codicilli effectum habere velint.* Verum licet prima Codicillorum intentio, ad defectuum externorum emendationem pertinuisse videatur, attamen extensio, quam interpretes faciunt, nec rationi contraria est, nec â legibus civilibus recentioribus abire videtur, nihil enim monstrosi subest, si ea, quæ per testamentum solenne fieri nequeunt, prætextu codicilli effectum, sed alium & remissiorem, habeant.

Lib. XXX. XXXI. XXXII.

DE LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS.

Observ. CMXII.

Legatum) Est etiam pars ultimæ voluntis Legatum, cujus indolem uti omnes homines communi ratione intelligunt, ita, ad exemplum ultimæ voluntatis in genere, lege civili varie illud circumscribitur. Summatim duo spectari possunt, (1.) *datio*, in qua occurrit *modus* ex legis præscripto observandus,

da, *legis* & *legatarii.* Nimirum simulac legans moritur, *lex* legatum *purum* & *in diem* statim, inscio etiam legatario, ad effectum scilicet transmissionis, sed *conditionale*, demum post conditionis existentiam, acceptat, cæterum lex Romana, ista acceptatione voluntatem defuncti magis turbavit, quam juvit, nam alias juxta simplicitatem naturalem, ex sola legantis voluntate, transmissio in quovis legato, post ipsius mortem obtinet. Est vero illa legalis acceptatio imperfecta, ac expectat legatarii arbitrium, hic igitur si repudiet, nunquam censetur aliquid acquisivisse, si verò, præsupposita hæredis vel aliûs, post *Nov. 1. c. 1.* vid. Observ. *870.* aditione, legatum acceptet, tum vel â tempore mortis, vel ab eo, quod legans præstituit, illud jus acquirit, quod defunctus in illam transferre voluit, vel etiam conditio objecti admittit, hæres vero ad rem legatam præstandam obligatur, quæ omnia naturalia ac â Romanis saltem confirmata sunt. *ll. E. b.*

Observ. MCXVI.

Veritate enim demum acquiritur adita hæreditate) Sed infra *lit. 36. lit. 2.* docet, quod *in legato puro dies cedat ex tempore mortis, quodque per fictionem, hæreditatis aditio & legatarii agnitio, eò retro trahatur*, ergo tempus mortis & aditæ hæreditatis frustra hic opponuntur; videntur neque ICti neque interpretes tria satis distinguere posse, *causam acquisitionis*, *terminum â quo* & *conditionem sine qua non.* Vere acquiritur legatum ob *consensum*, neque enim invito legatario obtruditur, posito autem consensu *â tempore mortis* fit acquisitio, & hoc non ob aliquam fictionem, quæ, uti alias, ita hic etiam inepta est, sed ob volunta-

tem testatoris, qui ab hoc tempore acquisitum voluit legatario, quocunque etiam vel hæres adiret, vel legatarius agnosceret, nam hos actus aliquam requirere moram, nec continuò mortem insequi posse, ille non nesciebat. Ut tamen legatum acquiri queat, *additio hæreditatis*, quam vel hæres, vel ejus loco, alius faciat, tanquam conditio, requiritur.

OBSERV. CMXVII.

Et hæredes singulos pro rata l. 44. de Legat. 2.) Hic textus nihil probat, sed pertinent huc *l. 33. pr. de Legat. 2. l. 17. de duob. reis.* quibus tamen obstant *l. 54. §. fin.* & *l. 124. de Legat. 1.* quamvis & hi duo textus inter se pugnent, ut adeò tres hic fuerint ICtorum sententiæ, quæ forte non satis conciliari possunt, sed sententiam *d. l. 33.* & *17.* ratione & æquitate vincere, censet *HUBER in posit. ad J. d. Legat. n. 98.*

OBSERV. CMXIIX.

Ad res legatas) Si duo sint hæredes, unus ex uncia alter ex undecim unciis & eis fundus legatus sit, unciarius hæres undecim partes in fundo habebit, cohæres unciam *l. 34. §. 12. de Legat.* vid. *HUBER d. l. n. 99.* sed illam decisionem voluntati testatoris repugnare, ac ineptiis Romanorum esse annumerandam, non dubito, cũ enim alias hæredes substituti, easdem accipiant partes, quas in institutione acceperunt, cur non etiam legatum iis datum, secundum proportionem portionum hæreditariarum, distribuendũ esse dicamus? & si hæredes pro parte hæreditaria, aliis ad legata exsolvenda tenentur, cur non etiam juxta illum modum iis legata acquiri existimemus? Sane ex eo, quod unusquisque hæredum ab altero legatum petere debeat, contrarium non sequitur, nam si illi,

qui

qui undecim uncias habebat, fundus tantum esset legatus, tum cohæres unciarius dubio procul totum præstaret: Si igitur totum dare potest, cur non etiam undecim legati uncias? sed ais, unusquisque hæredum obligatur ad solvendum legatum pro parte hæreditaria, ergo unciarius unciam, alter, qui undecim habet, tot uncias etiam præstabit, ex quo memorata legati divisio amplius consequitur! Verum in hoc latet πρῶτον ψεῦδος, applicarunt enim Romani rem in se veram, ad casum plane diversum, si plures hæredes extraneo legatum præstare debeant, tum unius debitoris vice funguntur, adeoque eorum obligatio, ex portione hæreditaria meritò æstimatur, ast si duo hæredes sibi invicem aliquid præstare teneantur, tum unius loco haut sunt, sed separatos potius agunt debitores, hinc ad dijudicandam obligationem frustra portionum hæreditariarum comparatio instituitur, cum unusquisque seorsim præstare debeat, quod testator ei injunxit.

JUS ACCRESCENDI.

Anwachsungs-Recht.

OBSERV. CMXIX.

Est jus quo portio) Jus accrescendi in legatis ex voluntate defuncti dependet, nam ex hoc principio fluit, tum inter quos illud obtinere debeat, tum quinam aliis sint præferendi, ut hactenus illud omnino juris Gentium censendum sit, interim lex civilis voluntatem testatoris nonnunquam explicat & magis determinat, sed nonnunquam etiam nimia subtilitate involvit. *add. HUBER in posit. ad J. de Legat. n. 56. ibique Thomas.*

OBSERV. CMXX.

Etiam ignorantibus & invitis) Hoc verum est quoad cohæredes, illis enim, ex hypothesi juris civilis, qua nemo pro parte testatus & intestatus decedere potest, necessario accrescit, adeo ut vel neutram vel utramque partem habere debeant. Sed legatariis partem, quæ alias accrevisset, repudiare licet, interim ignorantibus eventualiter, ad effectum futuræ acceptationis vel transmissionis, accrescit.

OBSERV. CMXXI.

Et quidem hæreditas) An onus simul accrescat, etiam voluntatis quæstio est, quam lux civilis, juxta ductum communium interpretandi principiorum, determinat, ac fit doctrina hujus periodi evidentior si ita legas: *Et quidem hæreditas semper cum onere d. l. un.* §. *10. ac in legatis, pars mixtim aut verbaliter conjuncti, cum onere, re vero tantum conjuncti, absque onere &c.*

LIB. XXXIV. TIT. I. seqq.
DE ANNUIS LEGATIS ET FIDEICOMMISSIS &c. &c.

OBSERV. CMXXII.

A*Nnuum legatum*) In toto hoc libro nihil aliud ferè, quam quæstiones voluntatis tractantur, cum enim quis vel *diverso modo*, cujus legati exempla sunt in *tit. 1. 5.* vel *diversas res*, ut in *tit. 2. 3. 4. 6. 7. 8. 9. 10.* legare possit, omnibus illis casibus de voluntate legantis præcipuæ quæstiones sunt, quæ juxta usitata interpretandi principia decidi debent, ut hactenus illa tractatio juris Gentium sit, interim jus civile quæstio-

ſtiones dubias aliquando certius definit, ſed & aliquando, â conſuetis ratiocinandi fundamentis, ſine cauſa abit.

Observ. CMXXIII.

In uſufructu ambo concurrunt tit. 2.) Hæc interpretatio â regulis interpretationis doctrinalis abhorret, licet enim fundi appellatio alias proprietatem & uſumfructum comprehendat, attamen ſi fundo uni legato, alii ejus uſusfructus indefinite legetur, ſatis utique inde apparet, quod legans fundi nomine, ſolam proprietatem intellexerit, hinc nonnulli deciſionem illam ad caſus ſimiles minime extendendam, imo ne quidem in caſu ſuo hodie amplius obſervandam eſſe exiſtimant. *vid. STRUV. Juriſp. for. l. 2. tit. 24. §. 7.*

Observ. CMXXIV.

Stipulantis optionem hæres poteſt etiam eligere tit. 5.) Nec obſtat. *d. l. 76. de V. O.* nam transmiſſio juris eligendi adeo heredi non negatur, ut potius diſerte ei ibi aſſeratur, hoc ſaltem dicitur, quod electio, ſive eam ſtipulator ſive hæres facere velit, *judicio ſervi*, de quo ſtipulatio concepta erat, fieri debeat, ut in eo aliqua perſonalitas, ſed transmiſſionem juris minime impediens, occurrat.

Observ. CMXXV.

Triticum accipitur pro frumento omni tit. 6.) Sed hoc ex *l. 94. de V. O.* (non *de V. S.* prout impreſſum eſt, nam *l. 94. de V. S.* nihil ad rem facere, facile liquet) non probatur cum nihil aliud ibi dicatur, quam triticum generaliter poſitum, de omnis generis tritico poſſe intelligi, nec crediderim laxam illam ſuppoſitionem, quæ hic adſtruitur, apud probatos Autores temere repertum iri.

Lib. XXXIV. Tit. I. II. III.
DE ALIMENTIS ET CIBARIIS LEGATIS &c. &c. &c.

Observ. CMXXVI.

Hoc legato creditor remittit jus suum ad rem tit. 3.) In his tribus titulis adhuc voluntatis quæstiones tractantur, adeoque locum inveniunt ea, quæ Obs. *922.* diximus. Quod in specie legatum liberationis attinat, per illud non tantum *jus personale*, ceu *AUTOR* putat, sed etiam *pignus*, *servitus* & posito casu habili, *ususfructus* remitti potest, de *dominio* tamen aliter dicendum, cum enim formaliter â legante in legatarium transire queat, liberatione legata, id non censetur legatum *l. 28. §. 4. h. t.* cui quidem obstat *l. fin. §. 2. eod.* sed procul dubio emendari debet, *vid. EKHOLT. ad ff. h. §. 4.*

Observ. CMXXVII.

Hoc legatum ipso jure nullum est, sed legatarius nihil debeat tit. 3) Imo potius etiam hoc casu valere videtur, modo quantitas certa expressa *l. 25. h. t.* cum falsa demonstratio legatum non vitiet, *cit. l. 75. §. 1. de Legat. 1.* loquitur de legato *nominis* ac *debiti legantis*, adeoque ejus argumentum saltem huc pertinet, de cætero sententiam *AUTORIS* videtur magis destruere quam confirmare, dicitur enim in *d. l.* quod legata illa sint nulla deficiente debitore, si quantitas certa non sit expressa, aut non tam demonstratio, quam conditio addita. Porro nec hoc nobis obest, quod sub legato liberationis dominium non comprehendi modo diximus, nam hoc verum est, si liberatio revera legetur, nam tum simul do-

dominium non censetur legatum, ast si legatarius forte debitor non sit, tum nihil absurdi est, si sub apparente liberatione, dominium certæ quantitatis legatum dicamus.

TIT. IV.

DE ADIMENDIS VEL TRANSFERENDIS LEGATIS VEL FIDEICOMMISSIS.

OBSERV. CMXXVIII.

A*Demtio est actus*) Quod legata ademtione tollantur, id quidem naturale est, cum à consensum veniat, interim lex civilis voluntatem dubiam nonnunquam magis interpretatur, inprimis iis casibus ubi ex verbis & factis indirectis voluntas colligenda, aliquando quoque circumscribit, quo sensu ad jus civile ademtio referenda.

OBSERV. CMXXIX.

Coram quinque testibus) Supra Observ. *868.* jam admonitum est, quod probabiliter ad evertendum testamentum, nuda voluntas, legitime saltem probata, sufficiat. Hoc si admittas, multo magis illa sententia quoad legata obtinebit. Et sane textus, quos *AUTOR* pro se allegat, non adeò probant, nam vel ostendunt, quid *constitui possit*, non *quid constitutum sit* ut *l. 14. §. 1. h. l. 35. de R. J* vel loquuntur de *ultima voluntate constituente*, ut *l. fin. C. de Codicill.* sed hic est quæstio de voluntate mere privativa, quæ legatum simpliciter destruit, vel ex *hypothesi explicationis dubia vel falsa* solum probant, ut *l. 27. C. de testam. vid. d.* Obs. *868.* Quæ cum ita sint, textus, quos *AUTOR* sibi oppo-

ponit, à nobis potius ut libertatis naturalis probatorii & confirmatorii spectantur. Interim in praxi variatur, nostra sententia probatur *COLERO p. 2. Dec. 249. CARPZOVIO* p. 3. C. 13. *D. 19.* Facultati Juridicæ Viadrinæ *de anno 1670.* ceu refert consentiens *Dn. STRYKin not. h.* sed aliter sentit Facultas juridica Lipsiensis apud *FINCKELTH. Obs. 108.* licet autem sententia interpretum, ratione non adeo suffulta, sub nomine *consuedutinis* vel *observantiæ* non temere admittenda videatur, attamen testator tutissimè faciet, si legata nuda voluntate non adimat.

OBSERV. CMXXX.

Nec fidei commissum à legatario, relictum & rursus ademtum) Ex sententia *AUTORIS* aliorumque, si à legatario fidei commissum alicui relinquatur, eique postea adimatur, tum manet illud apud legatarium, nec huic ademtum censetur, nec obest *l. pen. §. 1. h. t.* vel enim ei inserenda particula *non*, ut ita legatur: *nihil proponi, cur non ad matrem pertinerent*, vel accipienda illa est de casu, ubi legatarius, saltem ut minister, electus fuit, cujus circumstantiæ meminit *l. 17. de Legat. 2.* Ita vulgo! sed circa voluntatis quæstionem ambiguam, contraria decisio, quod utique ademtione fidei commissario facta, etiam legatario ademtum sit, verior videtur, quando enim quis alicui legat, deinde ab hoc alii fideicommissum relinquit, tum priori hactenus aufert, ut si hic fideicommissum habere possit & velit, ille excludatur, quod si postea fideicommissario quoque res auferatur, tum illa ad neutrum pertinebit, sed hæredi relinquenda erit, quæ interpretatio etiam diserte probatur in objecta *l. pen. §. 1. h. t.* circa quã sane vulgares responsiones nimis violentæ sunt.

ſunt. Non obſunt nobis *l. 17. 60. de Legat. 2.* per quas vulgo aliter ſentiunt, nam ibi fideicommiſſarius rem capere nequit ob *mortem intervenientem*, hinc manet illa apud legatarium, cum datione fideicommiſſi, huic non ſimpliciter ſed tum demum, ſi fideicommiſſarius eam poſſit & velit habere, res ſit ablata, ergo in caſum mortis hujus, nihil illi ademtum. Sed in noſtro caſu fideicommiſſarius *poteſt*(habilitate ſcilicet propria) & *vult* etiam rem habere, hinc hactenus legatarium excludit, ſed ei *non licet*, ob ademtionem lagantis, hinc neuter aliquid accipit, ut omnino circumſtantia *mortis* & *ademtionis*, quoad interpretantam voluntatem teſtatoris differant, ſecus ac vulgo arbitrantur.

Observ. CMXXXI.

Quod hic mentio fiat iterum prioris legatarii, illic non).

Diſtinguendæ translationi à conjunctione reali non ſufficit illa nota, quod ibi mentio fiat prioris legatarii, hic non, nam & in conjunctione reali, mentionem prioris legatarii fieri poſſe, patet ex objecta *l. 15. de H. J.* Quare *modus facta commemorationis* vel *mentionis* amplius addenti debet, nimirum ſi prioris legatarii ita ſiat mentio, ut per eam res legata demonſtretur, de cætero vero unicè cum poſteriore legatario conjungatur, v. gr. *fundum, quem Titio legavi, Cajo do lego*, tum adeſt translatio. Verum ſi prior legatarius ita commemoretur, ut res legata cum illo maneat conjuncta, per particulam relativam tamen, ad poſteriorem legatarium ſimul referatur, v. gr. *Fundum quem Titio legavi, eundem Cajo do lego*, tum eſt conjunctio, quo pertinet *d. l. 15. de H. J.*

OB-

OBSERV. CMXXXII.

Novæ speciei efformatione) Si species nova ad pristinam materiam queat reduci, tum manet legatum, si non, extinguitur ex sententia nonnullorum. Sed *ULPIANUS* in objecta *l. 44. §. 2. de Legat. 1.* etiam posteriore, casu legatum subsistere docet. *HUBER in posit. ad J. de adimend. legat. n. 6.* dissensum admittit. Sed *Dn. THOMAS. innot.* conciliationem adhibendam putat, cum alias Ulpianus à se ipso dissentiret in *l. 70. §. 5. 6. 7. de Legat. 3.* Enim vero uti ratio illa non valde urget, cum inusitatum non sit, ut scriptores à se ipsis dissentiant, dum vel prioris sententiæ obliviscuntur, vel eam mutant, ita ne quidem locum hic invenit, cum Ulpianus sibi satis constet, nam in *l. 44. §. 2. de Legat. 1.* loquitur de vestimentis ex lana legata factis, sed in *l. 70. §. 6. de Legat. 3.* agit de vestimentis, quæ jam facta erant, cum lana legaretur, hinc nullus adest dissensus, si ibi vestimenta legata dicat, hic neget. De cætero Ulpianum in *l. 44. §. 2. de Legat. 2.* cæteris ita conciliandum censet cum Wissenbachio, ut de casu, ubi ex parte lanæ legatæ vestimentum factũ sit, accipiatur, tum enim reliquam lanam, quæ exstet, i. e superstes sit, deberi. Sed vereor ut illa conciliatio locum habeat, nam Ulpianum loqui de nova specie, ex omni lana facta, probat *contextus*, ante enim & post exempla ejusmodi proponuntur, idem arguunt verba: *in omnibus suprascriptis legatum consistere & deberi quod exstat,* hæc enim probabiliter non materiam superstitem, sed novam speciem indicant, denique epicrisis & limitatio Ulpiani: *Si modo non mutaverit voluntatem,* satis innuit, legatæ rei accidisse mutationem, nam quin lana superstes præstanda sit, nullum po-

poterat esse dubium, nec ejus intuitu quæri, an testator mutaverit voluntatem, cum nihil omnino ejus respectu fecerit. Juxta hæc igitur contradictio manet.

2. In genere autem puto ICtos Romanos, parum prudenter hic esse versatos, quando ex *conditione materiæ*, quæ ne per somnium quidem testatori in mentem venerat, ejus voluntatem interpretati sunt, &, nisi fallor, displicuit illa interpretandi ratio in *d. l. 44. §. 2. 3. 4. de legat. 1. ULPIANO*, quando tam in casu specificationis, quam adjunctionis, semper voluntatem testatoris requiri jubet, ex indiciis scilicet ac circumstantiis genuinis, non materiæ conditione, quasi hæc nihil ad rem faciat. Quare regulis recte ratiocinandi magis erit consentaneum, si (1.) in casu *rei legatæ mutatæ*, legatum manere simpliciter dicamus, nisi ademtio probetur, nam ademtio facti est, hinc nisi evidenter ostentatur, contra eam pronunciandum, (2.) in casu *rei legato adjectæ*, ut in *l. 44. §. 4. de Legat.* 1. *l. 39. de Legat.* 2. *l 79. §* 2. *de Legat.* 3. itidem legatum manere dicamus, nec ademtionem primi legati, nec dationem rei adjectæ antea afferamus, quam utraque aliunde, quam ex actu adjunctionis, fuerit probata, sic tricis Romanis carere poterimus.

OBSERV. CMXXXIII.

Modo non sint rescissa, tanquam inofficiosa) Hodie non tantum legata subsistent, si testamentum velut inofficiosum rescindatur, sed etiam si ob defectum legitimæ institutionis & hæredationis nullum sit, aut per agnationem liberorum rumpatur, admissa scilicet communi sententia, aliquoties memorata, *vid.* Obs. 854. 861. 864. 865.

OB-

OBSERV. CMXXXIV.

Res ex causa lucrosa ad legatarium pervenerit.) Hæc interpretatio est juris Romani ac à voluntate testatoris abludere videtur, nam ille simpliciter rem legavit, an alias quoque erga legatarium velit esse beneficius, id ei perinde est, nec voluntatem ejus, naturali interpretatione, tollit, quare simpliciter legatum subsistere dicendum erat, sive ex causa onerosa sive lucrativa, res ad legatarium interim pervenerit. Contraria tamen juris Romani interpretatio hactenus admitti potest, id verò, quod ex ea amplius deducitur §. *6. J. de Legat.* excusari nequit, cum nullam, nisi ineptam, habeat rationem.

TIT. V.

DE REBUS DUBIIS.

OBSERV. CMXXXV.

INfirmatur legatum ambiguitate Scripturæ) Hominum voluntas non tantum in testamentis, sed & aliis actibus, quandoque dubia & incerta est, opus ergo tum est, ut omnes circumstantiæ probe expendantur, num sententia aliqua inde erui queat. Hoc si fieri non possit, tum voluntas illa morali æstimatione pro nulla habetur, nullumque habet effectum. Porro ad applicationem jurium nonnunquam aliqua circumstantia, v. gr. mors, prærequiritur, hæc ergo si ita dubia sit, ut de ea plane non constet, applicatio locum non habet, quæ omnia ex communibus dependere principiis & juris Gentium esse, facile liquet, lex tamen civilis aliquando vel voluntatem ipsam declarat, vel circumstantias præsuppositas certius definit, quo respectu aliquis ejus est usus. Pertinet huc etiam

dis-

dissertatio Dn. THOMASII de Prioritate & posterioritate temporis dubia, *hab. Lips. 1683.*

TIT. VII.

DE HIS, QUÆ POENÆ CAUSA RELINQUUNTUR.

OBSERV. CMXXXVI.

Hodie hoc mutatum est) Si res licita & possibilis legato adjiciatur, sive id fiat sub ratione conditionis, sive pœnæ, naturaliter utique legatum valet, nam testatori tam ratione legatarii ac hæredis sui, quam legis tale quid adjicere licet, sed veteres ex nimia subtilitate, aut solo pœnæ nomine forte decepti, legata pœnalia, quæ tamen â conditionalibus satis distinguere semper non poterant, valere noluerunt, quod captiosum discrimen *JUSTINIANUS* merito sustulit, ac simplicitatem naturalem restituit.

OBSERV. CMXXXVII.

Obst. §. 10. J. de H. J.) Quod si conditio impossibilis vel turpis legatario *negative* adjiciatur, tum purum est legatum & valet, tam interpretatione naturali quam civili, cujus enim affirmatio est impossibilis, ej9 negatio est necessaria; si verò *affirmativè* adjiciatur, tum naturali interpretatione legatũ est nullum, sed lex civilis conditionem detrahi ac legatum pro puro haberi jubet, §. *10. J. de H. J.* nihil enim absurdi subest, si legatarius lucrum consequatur, si omittat id quod facere non potest, aut non debet. Si hæredi conditio talis *affirmative* adscribatur v. gr. *centum dato, si mare ebiberit aut matrem occiderit*, tum tale legatum etiã naturaliter est nullum, nam testator illum eventum, ut nunquam exstiturum, consideravit, hinc seriò etiam hære-

hæredem non obſtrinxint,nec putem aliud lege civili eſſe conſtitutum, ſi autem *negative* addatur, *dato centum, ſi mare non ebiberit aut matrem non occiderit*, hoc caſu eſt legatum pœnale,de quo *AUTOR h.* & poterat quidem illud purum & validum videri, cum etiam affirmatio ſit impoſſibilis, adeoque negatio neceſſaria & conſequenter obligatio hæredis pura. Verum cum hæres moleſtum quid ſubire debeat, & quidem ideo, quod impoſſibile aut turpe omittat, meritò illa teſtatoris diſpoſitio, velut naturæ aut legibus vim faciens,adeoque abſurta,improbatur, nec obſtat *d.*§. *10. J. de H. J.* pertinet enim ad legatarium, inter quem & hæredem magnam hac in parte eſſe diſparitatem, ex dictis conſtat.

TIT. VII.

DE REGULA CATONIANA.

OBSERV. CMXXXVIII.

NOn *valere)* Solet definitioni regulæ Catonianæ opponi *l. 1.* §. *2. h. t.* Sed dicendum eſt, quod ibi res fuerit alienata,antequam legaretur,adeò ut ab initio legatum conſtiterit,nam in eo eſt *JCTUS*,ut caſus,qui obiter expenſi ad regulam Catonianam pertinere videri poterant, ſed ab ea penitus differunt, recenſeat, hinc ſententia *d.* §. *2.* huc redit: *Item ſi tibi legatus eſt fundus*, *qui ſcribendi* (non ſcripti & penitus abſoluti) *teſtamenti tempore tuus eſt: ſi eum vivo* (ac in teſtamento condendo adhuc occupato) *teſtatore alienaveris*, (adeo ut alienationis momentum, legandi actum anteverterit) *legatum tibi debetur*, (nam res aliena tibi ab initio legata eſt) *quod non deberetur, ſi teſtator ſtatim* (cum nondum res alienata & legata eſſet) *deceſſiſſet*. De

cx-

cætero definitio regulæ Catonianæ, ultimis voluntatibus magis vim facit, quam eas recte explicat, nam cum aliàs illæ benignius interpretandæ dicantur, poterat sane legatum validum pronunciari, licet tempore testamenti conditi, inutile fuerit, modo tempore mortis valere queat.

TIT. VIII.

DE HIS QUÆ PRO NON SCRIPTIS HABENTUR.

OBSERV. CMXXXIX.

I*Nfirmantur etiam*) Legata hic non tam corrunt, quam potius ab initio non valent & quidem primum exemplum est invalidum ex lege positivâ, quæ incapacitatem introducit, ac hodie rarissime usum habere videtur; Alterum verò naturaliter non valet, quia deficit testatoris voluntas, quem defectum tamen certius etiam lex civilis declarat.

TIT. IX.

DE HIS QUÆ UT INDIGNIS AUFERUNTUR.

OBSERV. CMXL.

V*Indicantur fisco*) Aliquando lex positiva legataris ob delictum legata auffert, quam hodie etiam observari plerique contendunt. Sed *CARPZOV. Pr. Crim. qu. 135. n. 27.* existimat, omnem confiscationem per *Nov. 134. c. fin.* esse abrogatam, eamque in rem affert præjudicium, quo filio parricidæ portio hæreditaria quidem abjudicata, sed non fisco, verum cohæredibus assignata fuit. Licet verò ista sententia

ex rationibus civilibus sustineri nequeat, æquitate tamen se commendat.

LIB. XXXV. TIT. I.

DE CONDITIONIBUS ET DEMONSTRATIONIBUS ET CAUSIS ET MODIS EORUM, QUÆ IN TESTAMENTO SCRIBUNTUR.

OBSERV. CMXLI.

DE *Conditione*) Diximus Observ. 912. quod circa legata etiam occurrat *modus arbitrarius*, qui in eo consistit, quod testator vel *pure*, vel cum *aliqua adjectione* leget, quæ diversitas diversam ejus voluntatem indicat, hinc liquet, quod doctrina hujus tituli sit juris Gentium, interpretatio tamen voluntatis certior non nunquam â jure Romano dependet, *add.* Observ. 937.

OBSERV. CMXLII.

Cautio Mutiana) Hæc quoque rationibus communibus nititur, huc enim facile duxerit omnibus hominibus communis ratio, ut legata, sub conditione negativâ relicta, legatario sub cautione omittendi facti præstemus, quod tamen illa cautio præcise referatur ad eas conditiones, quæ ante mortem legatarii existere nequeunt, id juris Romani est, quod stricte hodie servari, vix crediderim.

TIT.

TIT. II.

AD LEGEM FALCIDIAM.

OBSERV. CMXLIII.

HÆc lex) Argumentum totius tituli esse de lege civili, manifestum est. Quæstio de legis falcidiæ *origine* & *qualitate* (sitne lex, an plebiscitum *vid. c. 6. Distinct. 2.*) historica & nullius usus, de ejus *argumento lit. D.* voluntatis est. Sive igitur quæratur, quis quartam detrahat *lit. S.* unde ea detrahatur *lit. O.* ob quem finem detractio introducta *lit. F.* quid & quantum detrahendum *d. lit. f.* quando detractio cesset *lit. C.* semper de voluntate legis positivæ quæstio est, quare consueta interpretandi principia hic adhibenda erunt, ac multum tribuendum interpretationi usuali in rebus dubiis, ex monito *l. 37. de legib. add. DECIS. SAXON. 43. ZOES. adff. h. n. fin.* Postquam autem lex positiva hæc ita constituit, tum hæredi jus concessum naturaliter, & salva etiam conscientia, exercere licet, nam si vel maxime testator plus in legatarium transferre voluit, morali tamen æstimatione, illa voluntas est nulla, cum subditi imperio civili subsint ac ultra ejus permissum, aliquid serio velle nequeant.

OBSERV. CMXLIV.

Nec in captionibus mortis causa) Imo potius de his etiam, quicquid vulgo dissentiant, falcidiam detrahere licet, tam ob paritatem rationis, quam sanctionem generalem in *l. pen. C. h. t.* quæ ad certum casum exceptum, ceu *AUTOR* præcipit, restringi nequit. Non obstat *l. 1. §. 8. h. t.* nam in illo exemplo: *hæres meus Sejo penum dato, si non dederit, decem dato*, ex hypothesibus Romanorum (bonis an malis, consentienti-

bus an ex parte dissentientibus, hactenus nihil refert) penus non erat in *obligatione*, sed saltem *præstatione* vid. *l. 1. de pen. leg.* quod si adeo daretur, tum cessabat falcidia, non quia mortis causa capiebatur, quæ verba vulgo captant, sed quia indebite à sciente solvebatur. Porro nobis non obest *l. 93. h. t.* (non *l. 39.* ut impressum est) nam non loquitur de *mortis causa capione*, sed *fideicommisso singulari*, negaturque detractio quartæ, non propter qualitatem *objecti* sed *subjecti*, quia scilicet in universum nemini, nisi hæredi directo, quartæ detrahendæ jus competit. Adjiciemus verba ipsa cum brevi paraphrasi, ut constet, quam oscitanter vulgo hunc textum inspexerint: *Acceptis à Mævio centum* (quæ adeo implendæ conditionis & simul mortis causa capit hæres) *hæreditatem Mævio restituere* (velut fideicommissum universale) *pecuniamque* (à Mævio implendæ conditionis causa acceptam) *post mortem suam Titio dare* (velut fideicommissum singulare) *rogatus est* (hæres directus) *quanquam hæc centum* (quæ Mævius, ut fideicommissum universale consequeretur, solvit) *quartam bonorum efficiant* (adeoque detractioni ulteriori locus esse non videatur) *tamen propter fideicommissum sequens* (singulare, centum à Mævio acceptorum, & Titio post mortem præstandum (*quartæ retentioni locus erit: tunc enim ex constitutione D. Hadriani, falcidiæ satisfacit ea quantitas* (quæ mortis causa capitur) *cum apud hæredem remanet. Sed falcidiam patietur solus, cui hæreditas relicta est*, (nempe Mævius) *nam in centum quæ mortis causa capiuntur* (accepta sunt ab hærede, ab eoque, velut fideicommissum singulare, prout paulo ante diserte etiã vocatum est, Titio dari debent) *admitti falcidia non potest*,

porrò, non, quod de mortis causa capionibus quarta detrahi nequeat, prout vulgo hoc acceperunt, sed quia hæres centum illa mortis causa capione, adeoq; titulo singulari, consecutus est, tales vero, qui titulo singulari aliquid accipiunt, de eoque restituendo rogantur, quartam non detrahunt, ceu ipse *AUTOR lit. S.* docuit *add. DONELL. Comment. Jur. Civ. l. 8. c. 24.*

OBSERV. CMXLV.

Legatum alimentorum, usufructus &c. l. 68. ad L. falcid.) Textum hunc mirabilem, in suo casu singularem & unicum esse & in omnibus actibus hominum habere locum, ex aliis censet *GOMEZIUS Resol. Tom. 3. c. 5. n. 38.* referente *Joh. THOMÆ de noxia animal. c. 9. n. 8.* Liceat nobis, ob ejus famam, paululum in eo explicando, esse prolixioribus, tria vero spectari possunt (1.) *sensus* (2.) *habitus* & (3.) *usus computationis ibi propositæ.* Sensus commodissime exhiberi posse videtur, si verbis relatis addamus explicationem: *Computationi in alimentis faciendæ, hanc formam esse Ulpianus scribit, ut à prima ætate* (velut termino à quo) *usque ad annum vicesimum* (tanquam terminum ad quem, laudata computatio, adeoque omnibus annis intermediis, obtinere debeat) *quantitas alimentorum triginta annorum computetur ejusque quantitatis falcidia præstetur,* (eo scilicet modo, ut homo recens natus, 30. annos vivere præsumatur adeoque pro ratione ætatis, in qua homo reperitur, semper annus dematur, hinc homo unius anni, adhuc 29. duorum annorum, 28. annos, & ita porro, vivere censetur, atque ista computandi ratio usque ad annum vicesimum obtinet) *ab annis vero viginti usque ad annum vicesimum quintum* (i. e. per illos annos) *annorum viginti octo*

(quantitas computatur, sed juxta temperamentum modo datum, ut ab anno vigesimo, adhuc 28. vigesimo primo, 27. annos & ita porro, vivere & alimentis falcidia minuendis, indigere quis censeatur) *ab annis viginti quinque usque ad annos triginta* (i. e. per id tempus) *annorum viginti quinque* (spatium & quantitas alimentorum computetur observato tamen temperamento modo laudato) *ab annis triginta usque ad triginta quinque* (per illam ætatem) *annorum viginti duo* (spatium & quantitas supponatur, cum temperamento adducto) *ab annis triginta quinque usque ad annos quadraginta* (per id tempus) *annorum viginti* (vita supponitur) *ab annis quadraginta, usque ad annos quinquaginta* (per illos annos) *tot annorum computatio fit, quot ætati ejus ad annum sexagesimum deerunt remisso uno anno* (i.e. quo provectior quis est, eo magis terminus vitæ suppositus decrescit, hinc si quis sit quadraginta annorum, is adhuc 20. si quadraginta & unius, adhuc 19. annos, & ita porro, vivere præsumitur, & iste calculus usque ad annum 50. retinetur, de cætero illud monitum esse generale ac præcedentibus omnibus computationibus applicandum arbitramur, hinc eodem in singulis exemplis jam usi sumus) *ab anno vero quinquagesimo, usque ad annum quinquagesimum quintum, annorum novem: ab annis quinquaginta quinque, usque ad annum sexagesimum, annorum septem, ab annis sexaginta, cujuscunque ætatis sit, annorum quinque:* (hi casus ex præcedentibus explicantur, ut eandem rem toties repetere non sit opus) *eoque nos jure uti, Ulpianus ait & circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen* (quia prima illa computatio, nimis scrupulosa est) *à prima ætate usque ad annum trigesimum, computationem annorum triginta fieri*

(ea

(ea scilicet ratione, ut ex his annis triginta, semper annus dematur, pro ratione ætatis præsuppositæ) *ab annis vero triginta, tot annorum computationem inire, quot ad annum sexagesimum deesse videntur,* (ergo etiam terminus triginta annorum supponitur, sed qui pro ratione annorum alimentarii, semper proportionatè sit minuendus) *nunquam ergo amplius, quam triginta annorum computatio initur* i. e. summus terminus sunt triginta anni, sed hi semper decrescunt, quo magis alimentarius vel primam ætatem, vel annum trigesimum supergreditur. Post annum vero sexagesimum, computatio Ulpiani, quæ in quavis ætate, quinque annos attendi præcipiebat, manere videtur. Ex his liquet, quod *JOH. THOM. d. c. 9. n. 8.* sententiam computationis Ulpianeæ haut videatur esse assecutus, ait enim, secundum formulam Ulpiani, hominem victurum præsumi annos tot, quot ætati ejus ad annum sexagesimum desint, remisso uno anno, adeoque à prima ætate usque ad annos viginti, adhuc 30. ab annis viginti, usque ad viginti quinque, adhuc 28. & ita porro. Nam quæ de numerandis annis, quæ sexagesimo desint, dixit Ulpianus, illa particularia sunt, pertinentque ad casum ubi alimentarius est quadraginta annorum, male ergo calculus ille generaliter asseritur, hinc etiam explicatio sibi contradicit, nam si tot anni numerandi sunt, quot ætati ad annum sexagesimum desunt, in exemplis allatis, 30. & 28. anni haut sufficient, prout additio facile ostendit, quæ contradictio in cæteris exemplis ferè etiam recurrit.

2. Habitum computationis quod attinet, illa (1.) in *natura humana haut est fundata*, homo omni tempore potest mori, potest etiá diu vivere, & nemo da-

bit rationem, cur v. gr. à prima ætate, quis triginta annos, aut à quadraginta annis, viginti annos victurus præsumi debeat, cæterorum eadem est ratio! an de cætero istum computandi modum ab aliquo Medicastro Physiognomone, Chiromanta, Aruspice vel similis farinæ præstigiatore acceperint Romani, mihi non liquet. Videtur etiam (2) *absurda*. *JOH. THOM. d. l. n. 9.* dicit: *computatio ista valde laboriosa & quodammodo absurda est, cum terminum vitæ interdum præfigat remotiori, quem tamen attacturus non sit, qui propior jam est; e. gr. juvenis annorum 24, qui secundum istam computationem, per 28. annos, adhuc creditur esse victurus, perveniet ad ætatem 52. annorum, ubi alter, annorum 26. quoniam tantum per 25. annos creditur victurus esse, perventurus vix est ad annum 51.* Esset sane vera absurditas, si eo modo, quo *THOMÆ* arbitratur, computatio fieret, nam juvenis 24. annorum, utique etiam transire debet annum vigesimum sextum, ergo illius respectu perveniet ad annos 52. hujus, tantum ad annos 51. quæ contradictoria simul stare nequeunt, atque illa absurditas fere in reliquis omnibus ætatis periodis quoque occurreret. Verum ab illa quidem absurditate, computatio memorata liberari potest, si terminum vitæ suppositum, semper proportionatè decrescere asseras, ceu in præcedentibus docuimus, hinc ab anno 20. usque ad annum 25. non indistincte adhuc quis 28. annos victurus censetur, sed numerus hic pertinet ad annum 20. â quo si ascendas, numerus 28. annorum, pro ratione ascensus, semper minuitur, adeoque juvenis 24. annorum tantum 24. annos adhuc vivere præsumitur. Interim alio respectu illa Ulpiani computatio omnino absurda videtur, nimirum otiosè tot periodi constituuntur; cum tamen nulla

ex

ex iis ad finem decurrere debeat, v. gr. ab anno 20. præsumitur quis vivere adhuc annos 28. atque ita pervenire ad annum 48. sed quando ad ann ũ 25. perventum est, mutatur terminus vitæ, & præsumitur aliquis vivere adhuc 25. annos, adeoque attingere annum 51. sed neque hic terminus expectatur, quin potius ubi ad 30. annos perventum fuerit, terminus denuo mutatur, adeo ut quis per 22. annos vivere atque ita annum 52. superaturꝰ præsumatur, sed quid opus est, tot terminos constituere, quando eorum decursꝰ non expectatur? Dicis, Ulpiani hanc esse sententiam; Diversas illas periodos non ad unum casum pertinere, adeo ut successive omnes observari debeant, sed potius unamquamque, casum peculiarem respicere hoc modo; si ponas homini alimenta legata, qui sit annorum 20. hunc constanti conjectura perventurum præsumi ad annum 48. adeoq; ab eo tempore, adhuc victurum annos 28. nec illum terminum hoc casu mutari, quando ad annum 25. ac 30. alimentarius pervenit. Sed si ponas alium casum, ubi quis tempore alimentorum constituendorum jam sit 25. annorum, tum alimentarium alia, sed æque constanti conjectura victurum præsumi 25. annos, cæterorum eandem esse rationem! Verum positâ illâ sententia, incidit in scyllam, qui vult vitare charybdim, nam qui est annorum 20. præsumitur perventurus ad annum 28. sed qui jam est annorum 25. ille assequetur annum 50. atqui prior etiam suo tempore ad annum 25. perveniet, cur non adeo, perinde ac posterior, etiam ad 50. annos perventurus præsumitur? an natura humana diversæ est efficaciæ, prout diversimode JCti Romani calculum computationis suæ ordiuntur? hoc sane vel dicere vel credere absurdum

 est.

est. Mirum igitur non est, quod otiosæ istæ ineptaque periodi, jam foro Romano displicuerint, & Macer aliam computandi rationem substituerit, juxta quam terminus triginta annorum, bis statuitur, ut antea vidimus, illa absurditatem modo objectam utique evitat, in natura tamen humana fundamentum, perinde ut altera, non habet. Quod si post annum sexagesimum, quinque annos Ulpiani, in quavis ætate, admittit Macer, ceu probabile hoc esse antea diximus, & consentit *THOMÆ d. c. 9. n. 9. conf. THOMAS. in not. ad Huber. posit. ad J. de Leg. fal. n. 13.* tum antea objecta absurditas, quoad quinquennium illud, recurrit, nam vel termini suppositi decursus non expectatur, vel homines ejusdem ætatis, ad diversos annos victuri præsumuntur, prout scilicet computationem suam diversimode exorsi sunt ICti. Tollendæ igitur absurditati dicendum foret, post annum sexagesimũ, aliquem adhuc quinque annos victurum præsumi, elapsis illis annis, aliud quinquennium esse assumendum, & ita porro. Denique neutra computatio (3.) *in vita civili est necessaria*, si enim de alimentis aut usufructu falcidia deducenda sit, non opus erit certum annorum numerum occupare, ac pro ejus ratione, detractionem moliri, quod fortassis etiam non satis expeditum fuerit, sed detractio vel in reditibus singulorum annorum, vel semel in ipsa substantia, ex qua alteri quid præstandum, poterit fieri. Fac defunctum reliquisse 12000. duobus legasse 6000. tertio 6000. in usumfructum vel alimenta concessisse, quid expeditius erit quam si hæres duobus prioribus 1500 & usufructuario aut alimentario tantundem detrahat? Porro si quis alterum vulneraverit ac æstimationem operarum, deinceps cessaturarum, solvere de-

debeat (cujus casus intuitu *THOMÆ d. l. n. 10.* mentionem *d. l. 68.* fecit) non opus erit, inani præsumtione vitæ terminum conjicere, ac ejus intuitu æstimationem exigere, cum longe satius sit, si deficiente transactione, vulnerantem singulis annis æstimationem solvere ac certam sortem eo fine constituere jubeamus.

3. Ex quo de usu utriusque computationis facile judicari poterit: *Nostri judices utramque, tam Ulpiani, quam Æmilii Macri formulam ignorant, ait THOMÆ d. l. n. 10.* nec apparet etiam ratio, cur de illa valde solliciti esse debeant, inprimis cum Ulpianea, absurditatis sit manifesta, hinc nostræ etiam observationis non alia est utilitas, quam ut rem inutilem inde agnoscere liceat, inutilia enim ostendisse, utile censeri debet.

LIB. XXXVI. TIT. I.

AD SCTUM TREBELLIANUM.

OBSERV. CMLXVI.

F*Ideicommissum*) Poterit accipi vel *pro re*, quæ datur, vel *pro actu*, quo aliquid relinquitur, quo sensu *AUTOR* id supponit, & est pars ultimæ voluntatis, quæ ex libertate naturali quidem dependet, jure tamen civili variè circumscribitur, hinc hactenus fideicommissum magis est juris civilis quam naturalis.

OBSERV. CMXLVII.

Causa remota est) Circa fideicommissa etiam universalia duo summatim occurrunt, (1.) *datio*, in qua *modus* ex legis civilis præscripto observandus, *persona legans*, lit. C. *à qua* & *cui relinquitur* lit. S. *materia* quæ datur

datur ac denique *modus arbitrarius*, quo vel pure vel cum aliqua adjectione fideicommissum relinquitur, spectari possunt (2.) *acceptatio*, *vid.* Obs. *912. 941.*

OBSERV. CMXLVIII.

Universalis fideicommissarius) Quando fideicommissum alicui offertur, tum, ut voluntas defuncti exitū habeat, debet illud â fideicommissario *acceptari*, juxta ea quæ Observ. *915. 916.* diximus. Facta acceptatione & intercedente fiduciarii hæredis aditione, quæ regulariter intervenire solet, fideicommissarius jus habendi hæreditatem ex voluntate defuncti consequitur, fiduciarius vero jus detrahendi quartam ex jure civili accipit, de quo *lit. E. seqq.*

OBSERV. CMXLIX.

In eo quod deducta Trebelliana) Sed hæc differentia Trebellianicæ, & falcidiæ, videtur esse inanis, nam res eodem recidit, sive æs alienum prius deducas, quod fit circa legata & falcidiam, sive partem ejus alteri, cui quid præstandum, imponas, ceu circa fideicommissa & Trebellianicam accidit, nam in effectu, utroque casu, æris alieni incommodum legatarius & fideicommissarius sentit! Ego sane regulariter differentiam illam vulgo laudatam, inanem puto, quodsi verò talem casum supponas, ubi præstito legato aut fideicommisso, salvaque falcidia aut Trebellianica, tantum adhuc supersit, quantum ad exsolutionem æris alieni requiritur, tum differentia vera se exserit, nam in casu legati, hæres unice onus ferre cogitur, sed si fideicommissum relictum, fideicommissarius ratam suam conferre debet, aliquando etiam hic solus onera fert, & fiduciarius est instar legatarii, §. *9. J. h. t.*

OB-

OBSERV. CML.

Ne non aditâ hæreditate testamenta destituantur) Hic finis ab initio utique introductæ quartæ Trebellianicæ fuit, cum enim ad valorem ultimæ voluntatis, olim præcise hæredis aditio requireretur, hinc repræsentato aliquo lucro, ad eam faciendam is alliciendus erat, ob quam causam adeo Trebellianica introducta est. Sed hodie aditio præcise non requiritur, *vid.* Observ. *870.* hinc nec Trebellianica stricte est necessaria, quare etiam nonnunquam prohiberi solet.

OBSERV. CMLI.

Particulare est suprema contestatio) Fideicommissa particularia cum legatis plane coincidunt, adeo ut ne quidem seorsim nominanda sint, nam quod ex diversitate formularum, diversa testatoris voluntas nonnunquam colligatur, id leve & accidentarium discrimen est, quo ipsa etiam legata quandoque discernuntur. Usum fideicommissorum quod attinet, de usu singularium dubitandum non videtur, circa universalia verò distinguerem, utrum *in diem aut conditionem*, an *pure* relinquantur, priora itidem adhuc occurrunt, nec enim infrequens est, ut quis hæreditatem accipiat ea lege, ut v. gr. post ejus mortem ad alios devolvatur, quoad posteriora verò seu pura, amplius distinguendum erit inter fideicommissum *consultum* & *inopinatum*. Prius vix hodie occurret, nam si quis inter duos divisam velit hæreditatem, cur non malit ambos directe i stituere? aut si in alterum omnem hæreditatem vult translatam, Trebellianica prohibitâ, cur ab altero operam non necessariam ab eoque utplurimum recusandam inepte exigeret? sane ista agendi ratio, homini sanæ mentis parum

rum convenit, & olim istis ambagibus opus erat quoad personas, quibus directo relinqui non poterat. Hoc tamen addendum, quod, si forte testamentum confici nequeat, sed codicilli saltem condi possint, tum etiam fideicommisso consulto seu directo locus fieri queat, dum vel hæres testamentarius vel legitimus, codicillis alii hæreditatem restituere rogatur. Posterius, quod inopinatum diximus, frequentioris usus videtur, nam sæpe testamentum, præter votum testatoris, adjecta clausula codicillari in codicillum mutatur, atque ita fideicommissum emergit.

TIT. II.

QUANDO DIES LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM CEDAT.

OBSERV. CMLII.

C*Edere Diem*) Mortuo testatore, juxta naturalem voluntatis interpretationem, legata & fideicommissa sunt in eo statu, ut ab iis, quibus destinantur, acceptari, aut mortuis his, in hæredes transmitti queant, nam ex affectu testatoris, nisi fallor, illa recte colliguntur. Lex civilis transmissionem illam saltem admisit in legatis & fideicommissis puris, aut in diem certum relictis, sed quoad legata conditionalia, ante conditionis existentiam negavit, quod *h. t.* docetur, sed illa interpretatio & voluntati testatoris repugnare, & alias parum prudens esse videtur, cum enim quandoque inter ipsos JCtos non satis ex-

pe-

peditum fuerit, an aliquod legatum in diem vel ſub conditione relictum ſit, ceu ex *l.40.§.2. de condit. & demonſtr.* apparet, hinc ex illâ dubia non neceſſaria oriuntur, *conf.* Obſerv. *915. 916.*

Tit. III.

UT LEGATORUM SIVE FIDEICOMMISSORUM SERVANDORUM CAUSA CAVEATUR.

Observ. CMLIII.

H*Ic caveant*) Ex communibus æquitatis & prudentiæ principiis fluit, ut legatarii & fideicommiſſarii, quibus res ſibi deſtinatas ſtatim exigere & obtinere non licet, mediante cautiône ſecuri reddantur, quod dictamen lex civilis amplius confirmat motumque cavendi præſcribit. Præſtita verò cautione, naturaliter fidem eſſe ſervandam liquet.

Tit. IV.

UT IN POSSESSIONE LEGATORUM VEL FIDEICOMMISSORUM SERVANTORUM CAUSA ESSE LICEAT.

Observ CMLIV.

S*I per oneratum ſtet*) Quodſi quis in præſtanda cautione contumax ſit, tum regulæ prudentiæ ulterius exigunt, ut debitis mediis ad implendam obligationem adigatur, quæ itidem lex civilis amplius definit *h. t.* quæque hodie ſupervacanea cum *AUTORE* forte non recte dixeris, nam plus urget miſſio in bona, quam nuda hypotheca.

LIB. XXXVII. TIT. I.
DE BONORUM POSSESSIONE.

OBSERV. CMLV.

H*Æc bonorum possessio*) Consideratur nunc hæreditas, quatenus vel testamento, vel ab intestato defertur, intuitu Prætoris, hic enim olim apud Romanos, utroque respectu aliquando leges novas tulit, aliquando jam latas ad factum applicavit, quæ promiscue hic recensetur. Ex illo autem ad jus Prætorium respectu, hæreditas, inani quadam subtilitate, accepit nomen *Bonorum possessionis lit. S. D.* quamvis hoc nomine actualis bonorum detentio aliquando intelligatur.

OBSERV. CMLVI.

Causa remota est Prætor) Sensus doctrinæ est, Prætorem jure civili neglectis, tam ex testamento quam ab intestato, hæreditatem edictis suis promisisse, nec non successionem testamentariam & legitimam, jure civili subnixam confirmasse, adeo ut hac in parte Prætor legislatorem & judicem diverso respectu egerit.

OBSERV. CMLVII.

Propinqua agnitio & petitio) Non tantum hæc sed præcipue etiam *delatio*, nam hæreditatem vel testamento vel ab intestato, idq; vel unice juxta præscriptum juris prætorii, vel civilis & prætorii simul, delatam esse oportet, antequam â judice bonorum possessio, seu juris hæreditarii declaratio & confirmatio peti possit. Illâ verò præsuppositâ, tum agnitio & petitio recte sequitur, cujus *modum, tempus, effectum* & *contraria AUTOR* tradit, circa quam doctrinam nonnul-

la

la, quæ supra de aditione dicta sunt, supponenda videntur. Uti autem ea, quæ de tempore petendæ bonorum possessionis dicuntur, accipienda forte sunt de eo casu, qui facultas succedendi, unicè ex jure Prætorio venit (nam siquis jure civili succedere queat, is fatalibus illis Prætoriis frustra coercetur) ita hodie, cum omnis successio legibus & statutis satis sit definita, tota hæc res vel nullum vel rarissimum habet usum. Prostat tamen *dissertatio inauguralis SCHOEPFFERI* De successione Prætoria hodienum necessaria *sub Præsidio STRYKII habita Francof. 1683.*

Observ. CMLIIX.

Est vel decretalis) Communis quidem est hæc bonorum possessionis divisio, sed parum accurata, certe definitioni allatæ non subjicienda, nam in memorata definitione, bonorum possessio accipitur pro jure hæreditario, sed decretalis, actualem bonorum detentionem notat, quæ quidem ei, cui controversia movetur, ad tempus conceditur, adeoque cum jure hæreditario nihil commune habet. Videtur autem eò vulgò relata, vel quod nomen iis imposuerit, vel quia detentio illa interim ei conceditur, qui se heredem jactat, aut talem se futurum sperat. De cætero hodie etiam decretalis bonorum possessio usum habet, ast illa non est Romana, sed ex communibus potius æquitatis & prudentiæ regulis descendit.

Observ. CMLIX.

Edictalis) Hæc propriè huc pertinet, nam Prætor tam ex causa testati, quam intestati jus succedendi edictis suis permisit vel confirmavit, petentesque deinde, hæredes suâ sententia declaravit, seu bonorum possessores effecit. Quod jus Prætorium hodie exi-

gui uſus eſt, licet enim adhuc hodie hæredes à Magiſtratu juris ſui declarationem & confirmationem petere queant, attamen hæc non Romanum ſed juris gentium eſt, ac ex natura imperii civilis fluit.

Observ. CMLX.

Cui potiori ex jure, alius hæreditatem aufert) Hæc deſcriptio non recte ſe habere videtur, cum potius bonorum poſſeſſio ſine re, quam vocant, ei fuerit data qui habebat jus quidem, ſed dubium, v. gr. querela inofficioſi experturus, bonorum poſſeſſionem antea petebat a Prætore *d. l. 2. C. de inoffic. teſtam.* aut miſſo impubere, ex edicto Carboniano in rerum detentionem, adverſarius, ob ſpem hunc iterum expungendi, interim bonorum poſſeſſionem petere poterat. Dabatur ergo indoli juris præcedentis conformiter *d. l. 1. §. 4. und. lib.* Hodie de hoc parum laborandum.

Tit. II. III. IV. V.

SI TABULÆ TESTAMENTI EXSTABUNT &c. &c. &c.

Observ. CMLXI.

Quidam putant, hoc edictum etiam quoad emancipatos mutatum tit. 5.*) Quæ ſententia communis, & vel ideo admitenda eſt, quod per eam tricæ juris antiqui, eo largius tollantur. Juxta eam igitur emancipati liberi, vel cum expreſſione cauſæ habilis ſunt excluſi, vel non, illo caſu movent querelam inofficioſi, hoc vero teſtamentum, quoad inſtitutionem eſt nullum, ac adeo nullitatis querela evertitur, hinc bonorum poſſeſſio contra tabulas, amplius haut neceſſaria *vid.* Obſerv. 854. 863.

Tit.

Tit. VI. VII.

DE COLLATIONE: DE DOTIS COLLATIONE.

Observ. CMLXII.

Collatio hic est) Plenius forte sic describetur: est *actus, quo ob voluntatem parentum, ex æquali affectu, præsumtam, liberi res, quas animo non donandi, â vivis parentibus, quibus succedunt, acceperunt, & adhuc possident, vel dolo & culpa amiserunt, communi hæreditati, ad conservandam æqualitatem, inferre tenentur*. Ex qua definitione jam liquet, collationem non esse juris Romani sed naturalis, quamvis subinde lex positiva voluntatem Parentum certius determinet, ac contumaces ad faciendam collationem adigat. Romani olim simplicitatem naturalem tricis suis valde turbarunt, dum eam involutæ successioni suæ attemperarunt, legibus verò recentioribus illa fere restituta est, ut reprehensionem omnino mereantur, qui collationem sub angustiis juris antiqui repræsentare, quam æquitatem solutius sectari malunt, quo præjudicio etiam laborat *STRAUCH. dissert. 11. §. 40. seqq.* quem vanæ juris antiqui subtilitates valde delectare solent.

Observ. CMLXIII.

Realis) Divisio collationis in *realem* & *cautionalem* parum accurata est; Rectius dicitur, collationem vel *revera fieri*, dum vel bona revera inferuntur, vel eorum quantitas detrahitur, vel, ubi res ab intio dubia ést, de *ea facienda caveri*.

Observ. CMLXIV.

Hodie ea tantum quæ acceperunt lit. O.) Quoad res

conferendas generalis definitio est, *quod liberi ea, quæ à Parentibus, quibus succedunt, animo non donandi acceperunt, ac adhuc habent, vel habere possent conferre teneantur*, hinc triplicis generis bona occurrunt, quæ collationi non subjacent, (1.) aliunde obtenta (2.) à Parentibus donata & (3.) sine culpa amissa. De cætero circa voluntatem Parentum sæpe ambigua est quæstio. Sic bona adventitia quidem non conferuntur, quod si tamen filius in potestate patris existens, fructus ex bonis illis, Patre simpliciter permittente, percipiat, tum eos conferre debet, veniunt enim à Patre sine animo donandi (quod hic supponitur) sed filius emancipatus fructus ex bonis v. gr. maternis perceptos non confert, nam post emancipationem, quam Pater liberè facit, tam ex lege quàm voluntate Patris filius res suas adventitias seorsim ac pleno jure habet, hinc fructus ex iis provenientes merito lucratur, nec obstat, iniquum esse, quod filius in potestate retentus conferre debeat, emancipatus verò à collatione sit immunis, nam quoad hunc alia Patris est voluntas, qui inæqualitatem inter liberos facere potest, *add. DECIS. SAXON. 50.*

TIT. VIII.

DE CONJUGENDIS CUM EMANCIPATO LIBERIS EJUS.

OBSERV. CMLXV.

QUoad modum succedendi) Differentia tamen illa ex *Nov. 118.* non probatur, & cum *JUSTINIANUS*, neglectis tricis juris antiqui, successionem liberorum simplicitati naturali attemperare studuerit, cur non

ex

ex ejus affectu, liberos suos & emancipatos, non tantum quoad *jus*, sed & *modum succedendi* exæquatos dicamus, maxime cum juris antiqui subtilitates, quæ circa aditionem & transmissionem occurrunt, & voluntati morientium & æquitati repugnent *vid.* Observ. *896.* adeoque vel ex monito *l. 168. de R. J* rapienda sit occasio, quæ benignius præbeat responsum, ac tricas sublatas dicat?

Tit. IX. X.

DE VENTRE IN POSSESIONEM MITT. ET DE CURAT. EJUS. &c.

Observ. CMLXVI.

H*Æc missio*.) Si quis ad hæreditatem probabiliter jus habeat, existat tamen contradictor, tum communia æquitatis dictamina Magistratui injungunt, quo eam ineat rationem, ut utrique prospectum sit, ex hoc apud Romanos remedia illa, quo ventri, vel filio impuberi, interim detentio bonorum concedebatur, fluxerunt, quæ hodie etiam usum habent in his & similibus casibus, sed non sunt hæc, Romana, verum juris Gentium.

Observ. CMLXVII.

Vel hodie exhæredatus tit. 9.) Sive enim posthumo exhæredato querelam inofficiosi tribuas, quod, dubio procul, *AUTOR* ex sua hypothesi vult, eo casu, quo exhæredatio nominatim facta, sive in genere, juxta sententiam communem, tale testamentum ipso jure nullum dicas, utroque tamen casu successio nato est certa, hinc merito interim venter in possessionem mittitur, & in genere crediderim, angustias juris antiqui de quibus in *l. 1. §. 2. b. t.* hodie non attendi, sed

in decernenta missione æquitatem largius esse observandam.

Tit. XI. XII. XIII.
DE BONORUN POSSESSIONE SECUNDUM TABULAS &c. &c.
Observ. CMLXVIII.

Juris civilis adjuvandi gratia tit. 11.) Hodie bonorum possessionem secundum tabulas nullo casu necessariam putem, nam ex nimia miseraque subtilitate illa olim est exorta, quam, successione simplicitati naturali magis attemperata, hodie retentam esse, nulla probabili ratione asseri posse videtur. *add.* Observ. 862.

Tit. XIV. XV.
DE JURE PATRONATUS &c.
Observ. CMLXIX.

De jure Patronatus) Jus Patronatus Romanorum partim ex jure naturali, partim civili dependebat, hodie tamen in genere cessat, quia instituta Romana apud nos hac in parte exulant. Obsequium autem Parentibus præstandum esse juris naturalis, ipse *AUTOR* fatetur, pœna vero immorigeris liberis imponendæ nostratibus legibus definiuntur, ut hactenus Romanis nihil debeamus.

LIB. XXXVIII. TIT. I. II III. IV. V.
DE OPERIS LIBERTORUM &c. &c. &c.

OBSERV. CMLXX.

HIc *titulus sæpe extenditur*) Jura Patronorum & libertorum apud nos non occurrere, res ipsa satis loquitur nec admoneri debet. Extensio autem, quam interpretes moliuntur, ad præiudicia ex jure Romano hausta pertinet, nam alias si libera mente jus naturale, pacta, consuetudines ac statuta Germaniæ intueamur, non tantum non indigemus jure Romano, sed & applicatio erit facilior, *confer. BERGER in resolut. h.*

TIT. VI. VII. VIII.
SI TABULÆ TESTAMENTI NULLÆ EXSTABUNT, UNDE LIBERI &c. &c.

OBSERV. CMLXXI.

NOn *exstande testamento*) Provisio Prætoria, quæ quoad liberos agnatos & cognatos occurrit, hodie non tantum non est necessaria, sed & ex parte etiam fallit, cum agnati cognatis non amplius præferantur, sed, insuper habito agnationis & cognationis discrimine, ex gradus paritate vel proximitate unice successio æstimetur.

TIT. IX.
DE SUCCESSORIO EDICTO.

OBSERV CMLXXII.

HOc *successorium edictum*) Duo egit Prætor (1.) ut deficiente proximo, alius sive ejusdem sive di-

ordinis admitteretur excluso fisco (2.) ut is, qui ob præscriptionem vel repudiationem v. gr. inter liberos admitti non potuit, inter agnatos vel cognatos admitteretur *l. 1. §. 11. de success. edict.* nec obstat. *l. 7. unde lib.* agnatus enim ibi strictè accipitur *vid. l. 12. de suis & legit. l. 10. § 3. de grad.* Porro haut obest *l. 3. C. de jur. & fact. ign.* cum de tempore liberis dato commodè possit intelligi. Pertinet autem ista successio tantum ad hæredæs ab intestato, qui enim ex testamento succedunt, unica saltem sub ratione, hæredum scilicet institutorum admitti possunt. Porro illa non poterit extendi ad præscriptionem civilem, hinc filius 30. annis exclusus, intra alios 30. annos, ut agnatus admitti nequit, licet vulgo aliter sentiant, dum liberos, 90. annorum præscriptione, demum penitus excludi existimant, *vid. SCHOEPFFER disput. de* success. Prætor hodien. necessar. *c. 2. n. 65. seqq. BERGER in resolut. h. add.* Observ. *194.* Ego in genere existimarem, successorium edictum cum ipsa successione Prætoria hodie exspirasse ac hæredes eo ordine succedere quem jus civile introduxit.

OBSERV. CMLXXIII.

Neque hoc novo jure correctum) Dissentit etiam *Dn. STRYK in not. h.* sed quæstionibus rite distinctis vel observato verborum rigore, quem *AUTOR* hic sectatur, conciliatio non erit difficilis. Nimirum inter suos hæredes vivos non potest habere locum successio, quia omnes ejusdem sunt conditionis & gradus, interim à suis hæredibus ad alios liberos vel cognatos succedendi jus devolvi potest, quemadmodum etiam certum est, quod hodie sui, emancipatos ejusdem gradus, non excludant.

TIT.

Tit. X. XI.

DE GRADIBUS ET AFFINIBUS ET NOMINIBUS EORUM &c.

Observ. CMLXXIV.

H*Æc bonorum possessio etiam hodie adhuc necessaria est*) Sed forte in seculo vix existet casus, ut illa locum inveniat, cum raro sine omnibus cognatis & testamento, ac relictio conjuge, quis moriatur, ut ad hanc omnis successio devolvenda sit.

Tit. XV.

QUIS ORDO IN POSSESSIONE SERVETUR.

Observ. CMLXXV.

S*Uccessio ab intestato*) Quando quis sine expressa validaque voluntatis declaratione moritur, bona sua neutiquam pro derelictis haberi vult, eo scilicet effectu, ut à quovis illa occupari queant, sed potius eadem certis personis tacitâ voluntate concedit, ubi quidem duplex occurrit quæstio (1.) *an quis ad res certis personis relinquendas antecedenter obligetur?* naturaliter ad alimenta liberis ac Parentibus necessaria, præstanda quis obstringitur, quam obligationem lex positiva nonnunquam auget (2.) *quibus defunctus bona sua reliquisse censendus sit?* quæ voluntatis conjectura quoad liberos, ex communi mortalium affectu, satis quidem certa, ast quoad alias personas, imo etiam in genere, quoad succedentium requisita & ordinem, valde lubrica est, cum in utrumque partem probabiles rationes non sint defuturæ. *Lex positiva*

igitur huic dubio medetur, & voluntatem defuncti authentice præsumit, certumque adeo modum, juxta quem, ad præsumtam defuncti voluntatem, successio fieri debeat, statuit, unde recte dicitur, quod successio ab intestato ex *præsumta voluntate*, & *lege* fit. Maximopere tamen leges humanæ, in determinanda successione, variare solent, quod non tantum exemplo legum Romanarum sed & Germanicarum intelligitur. Aliquando etiam ultra modum scrupulosæ sunt, aut lubrica rerum discrimina sectari solent quod ad vitia referendum, cum exinde non possit non incertitudo, iniquitas aut legum elusio sequi. Quid legibus civilibus recentioribus cautum sit, *AUTOR* strictim exponit, circa quæ Autores proprii, inprimis *STRYKIUS* conferendi. De cætero valent illa Romana in subsidium, deficientibus legibus germanicis, *add. DECIS. SAXON. 54.*

Observ. CMLXXVI.

Nepotes jure civili repudiata Patris, non possunt adire filii (avi) *hæreditatem*) Refertur igitur hic casus ad eos, in quibus bonorum possessio adhuc hodie censetur esse necessaria, *vid. SCHOEPFFER. disput.* de success. Prætor. hodien. necessar. *c. 6. n. 12. seqq.* ubi in specie testatur, quod *d. l. fin. C. und. libr.* Bartolus in toto Codice *difficillimam*, Castrensis, Jason & Bolognetus *horribilem* dicant, ipse etiam de ejus sensu ulterius satagit. Ego saltem adjicio, usum successionis Prætoriæ, frustra hodie in hoc casu inculcari, nam sive ponas filium suum (qui liberos iterũ habens, rarissime hodie occurret) sive emancipatum, Patris hæreditatem nondum agnoscentem, vel ei se imiscentem aut eam adeuntem, omni casu, mortuo, nepos, repudia-

pudiata patris, ad hæreditatem avi, mediante inventario vel jurata specificatione, adspirare posse videtur, his enim mediis confusio (qua unice dissentientes nituntur) vel evitatur, vel facta iterum tollitur.

OBSERV. CMLXXVII.

Ab omni ascendentium successione removentur) Quoad matrem à recentioribus nonnullis successionem quoad liberos injustos asseri diximus Observ. 793. 856. quam sententiam si admittas, tum etiam quoad fratres injustos aliosque cognatos, per matrem conjunctos, eadem asserenda erit.

OBSERV. CMLXXVIII.

Legitimatis autem per rescriptum Principis succedit tamen, Pater, non etiam reliqui ascendentes) Pro *tamen*, legendum videtur *tantum*. In edition novissim de *anno 1698.* legitur: *non tantum* ac loco *non*, deinde scribitur, *sed*, ex qua lectione sensus plane contrarius emergit. Cui correctioni omnino favere videtur Nov. 89. c. 9. §. 1. verbis: *nihil à legitimis filiis differentes* (hæc enim intelligi debet non *Nov. 98. c. 5.* prout in nonnullis editionibus impressum est) præterea legitimatio, quæ ad effectum successionis à Principe fit, æquipollere omnino videtur adoptioni, hinc quoad legitimatos ejusmodi, active & passive successio obtinebit, seu illi aliis Patris cognatis, & hi vice versa illis succedent, & nulla ita aliis infertur injuria, cum testamento cognatum legitimatione acceptum excludere liceat.

OBSERV. CMLXXIX.

Collataralibus, naturalibus & legitimis, etiam per subsequens matrimonium) Et per rescriptum Principis hoc additur in edit. novissim. de *anno 1698.* quæ

asser-

assertio vera est, si ad effectum successionis, legitimatio facta, id quod ex tempore & modo legitimationis præcipue æstimandum, *vid. THOMAS in not. ad Huber posit. ad J. l. 3. tit. 1. n. 32.*

OBSERV. CMLXXX.

Et quidem succedunt in infinitum) De eo verò quæritur, an hæredes ab intestato adire debeant, & annon potius ipso jure hæredes fiant, aut saltem jus adeundi semper in hæredes transmittant? Ultimum æquũ videtur, per ea quæ dixi Observ. 896. vid. *HUBER in posit. ad J. l. 3, tit. 1. n. 46.* Usus autem hujus rei se exserit in casibus illis, ubi jus repræsentationis locum non habet, v. gr. mortuus reliquit tres fratres, quorum primus decessit, antequam hæreditatem sibi delatam sciret, aut saltem eam acceptaret, quæritur, an ipsius hæredes, aut in specie, liberi, jure saxonico, ubi repræsentatio cessat, cum thiis suis admittendi sint? id quod affirmandum, si defuncto fratri ipso jure acquisitam hæreditatem dicas.

2. Qodsi nunc illa omnia, quæ Romani de hæreditatis *delatione expressa* aut *tacita*, nec non de *ejus acceptatione* dixerunt, simul intueamur, constat sane, illa maximam partem maximè esse intricata, involuta ac incerta, nec satis observatum esse, quod vel communes prudentiæ regulæ, vel ipse Justinianus *Nov. 107. c. 1.* requirunt, *nihil* scilicet *tam proprium esse legum sicut claritas, maxime super defunctorum dispositionibus.* Quantis enim tricis scateat hæreditatis aditio, vel juris adeundi transmissio, supra apparuit. Porro successio ab intestato jure antiquo satis obscura est, dum LL. XII. Tab. Senatus consulta & jus Prætorium inter se committuntur, ambigueque succedendi modum

dum subinde determinant, hac tamen in parte Justinianum aliquid præstitisse, & juris antiqui incertitudines maximam partem sustulisse, negari nequit, ut putem jus Romanum recentius, multas leges germanicas, lubrica rerum discrimina sectantes, æquitate & claritate heic vincere Circa delationem autem hæreditatis expressam, maxime intricatum est jus Romanum, diverso enim modo & effectu hæreditates deferri vult, qua occasione quoad detractionem quartæ, variæ controversiæ existunt; Amplius in exigentis solennitatibꝰ vel externis vel internis, quas vocant nimium est, earumque deficientium effectum varie determinat, dum aliquando testamentum penitus, aliquando certo saltem respectu nullum, aliquando rescindendum est, hinc modo querela nullitatis, modo inofficiosi moveri debet, quæ duratione, transmissione aliisque partibus variè different. Hæc igitur omnia ansam, voluntates defunctorum subvertendi, variasque & sæpe inextricabiles lites excitandi, præbere possunt, id quod nemo probandum duxerit, nisi qui ex litibus vivit. Satius igitur fortassis esset, si libertas testandi in præjudicium hæredum ab intestato, aut plane tolleretur, quod olim apud Germanos observatum fuisse, contra *TABOREM*, nisi fallor, aliquando asseruit *CONRINGIUS*, aut penitus illibata relinqueretur, adeò ut omne valeat, quicquid legibus divinis non repugnet, consuetis actuum humanorum requisitis constet, & ordinaria probatione ostendi possit. Sed de hoc alii amplius dispiciant.

LIB. XXXIX. TIT. I.

DE NOVI OPERIS NUNCIATIONE.

OBSERV. CMLXXXI.

Novi operis nunciatio) Damnum, quod nobis imminet, averti posse, ex communi ratione patet, ex quo liquet, quod nunciatio novi operis ex naturalibus principiis dependeat, pertinet enim ad damnum imminens avertendum. Interim ejus peragendæ modum & effectum amplius determinat & munit lex civilis.

OBSERV. CMLXXXII.

Utimur verbali contra novantem in suo, reali & publica, in nostro vel alieno) Hoc non præcepti sed consilii est, ceu patet ex *l.5.* §.*10.h.t.* quando enim quis in suo quid facit, modestius admonendus videtur, quo desistat, ast si in nostro quid moliatur, tum magis audacter & cum operis turbatione repelli potest. Quodsi quis priori casu, nunciationem jactu lapilli, posteriori vero, verbis peregerit, utraque nihilominus recte facta censeri debet, modo, quid actum sit, legitime probetur. In genere notandum, quod posterior nunciandi ratio, quæ turbatione operis fit, sit incivilior, vel saltem paululum violenta, quæque rixis & turbis ansam facilè prebere queat, hinc â privatis rectius plane omittitur, nam quod nunciatione verbali adversarium, possessorem constituamus, ceu in *d.l.5.* §.*10.h.* dicitur, ea nimis longe petita interpretatio est, quæ etiam nullum effectum habere, adeoque nullius usus esse videtur *add. EKHOLT ad. ff. h.t.*§.*11.12.*

OB-

OBSERV. CMLXXXIV.

Qui habet servitutem in eo fundo) Ut quis novum opus nunciare queat, in eo utique constans aliquod jus requiritur, cum aliàs ille per novum opus non lædatur, adeoque ejus nihil intersit, id omitti. Iis vero rectè accensentur, qui servitutem habent, nam ne hæc per novum opus deterior reddatur, omnino cavere possunt, hinc facultas nunciandi iis merito asseritur, & hoc quidem tam contra extraneum, quam ipsum etiam dominum, modo hic revera in præjudicium ejus, qui servitute gaudet, aliquid faciat. Nec obest *l. 14. h. t.* vel enim pertinet ad casum, ubi alter novo opere non læditur, vel redolet otiosas fori Romani tricas, dum non res ipsa, sed peculiaris ejus modus ac nomen negatur, nimirum usufructuarius v. gr. non potest, ut dominus, novum opus nunciare, potest tamen servitutem vindicare, i. e. servitutem nunciando defendere. Interim *WISSENBACHIUS* ex nimia, fortassis illustrium horum mysteriorum admiratione, de conciliatione desperat, adeoque ad consuetas conciliandi rationes, illud Eunomiæ Plautinæ: *optima nulla eligi potest, alia alià pejor est*, applicandum censet, *vid. EKHOLT adff. h. t.* §. 7.

OBSERV. CMLXXXIV.

Si contra hanc nunciationem nunciatus pergat ædificare) Si nunciatus nunciationi pareat ac ab opere desistat, tum imminens damnum est depulsum, & nunciatio, ex voto nunciantis, scopum suum est assecuta, quodsi autem in opere pergat *injuste*, tum naturaliter ad ejus destructionem propriis sumtibus faciendã, vel aliam satisfactionem, volenti læso præstandam, tam nunciatus quã ej9 hæres tenentur. Si vero

juste

juste perrexerit, naturaliter nuncianti ad nihil tenetur quamvis ob neglectam Magistratus autoritatem aliqua pœna affici queat. Sed jure Romano etiam hoc casu opus suis sumptibus destruere nunciatus, hæres vero, ut destruatur, pati saltem debet (nam ad hunc casum restringendum puto, quod de herede *AUTOR* generaliter ex *l. 22. b. t.* asserit) sed uti illa pœna, opere in primis longiꝰ progresso, & dura & publico decori molesta est, ita eam hodie observari, haut crediderim, cum spretam Magistratus prohibitionem alia pœna, facto attemperata, vindicare liceat.

Observ. CMLXXXV.

Morte nunciantis re adhuc integra) Sensus est, si post nunciationem decedat nuncians (idem est si rem alienet quod mox asseritur) ac post ejus mortem pergat nunciatus, effectus nunciationis, sive necessitas destruendi, non sequitur, quia nunciatio, personalis actus censetur; Ast si post nunciationem nunciatus pergat, deinde nunciantis mors vel alienatio sequatur, tum jus exigendi destructionem, ad successores transmittitur *l. 20. §. 6. b. t.* Hodie ista res exiguum habet usum, nam si quis inguste pergat, tum etiam primo casu læsionis illatæ emendatio, quæ non aliter, invito læso, quam per operis destructionem fieri potest, exigia successore potest, hinc licet nunciatio exspirasse censeatur, ex ipsa tamen læsione, destruendi necessitas resultat. Si autem nunciatus juste pergat, tum pœna destructionis ne quidem posteriore casu locum habet, quia eam in genere cessare existimavimus *Observ. prec.* adeo ut illa ne ab ipso quidem nunciante exigi possit.

Ob-

OBSERV. CMLXXXVI.

Non etiam nunciati) Sed nunciationis effectus adhuc durat, tam contra hæredem quam alium successorem, hinc si in opere pergant (hodie injuste) opus propriis sumtib9 demoliri coguntur *l. 8. §. fin. h. t.* si vero ipse nunciatus jam perrexerit, ac postea mortuus sit vel rem alienaverit, tum successor saltem opus destrui patitur *l. 20. §. 8. l. 22. 23. h. t.* sed hodie opere juste exstructo, destruendi necessitas cessat, si autem sine jure factum, tum hæredem destructionis impensas etiam præstare debere æquum est, & juri civili quoque convenire videtur, ceu Observ. *985.* dixi.

TIT. II.

DE DAMNO INFECTO ET DE SUGGRUNDIS ET PROTECTIONIBUS.

OBSERV. CMLXXXVII.

HIc *dantur remedia ad damnum avertendum*) Hactenus dicta pertinent ad casum damni, ex opere novo, proxime imminentis. Fieri etiam potest, ut à rebus vicini jam factis, sed ruinosis, damnum nobis, non quidem actu immineat, sed tamen futurum probabiliter metuatur, adeoque hactenus *infectum* sit *lit. D. D.* Hoc casu dominus obligatur naturaliter ad damnum, rei emendatione avertendum, &, ea manente, ad alterum probabili medio securum reddendum, ac denique, damno præter votum secuto, ad illud resarciendum.

OBSERV. CMLXXXVIII.

Prætor hic concedit cautionem) Ex his principiis fluxit apud Romanos *cautio de damno infecto lit. D.*

Tt quam

quam adeo Prætor non introduxit sed ex naturali æquitate saltem elicuit, circa eam tamen nonnulla occurrunt, quæ tricas fori Romani redolent, nec hodie magni usus sunt, videbimus strictim, Quæritur (1.) *quando cautio præstanda sit?* ex sententia Romanorum, si nullus alius contractus jam præcessisset, hinc cautio dicitur *subsidiaria lit. N.* in qua doctrina hoc præjudicium latet, quasi omnes actiones conventionem præsupponant, præterea conventio prævia, excludendæ cautioni non semper sufficere videtur, cũ in hac plus securitatis, quam in illa esse queat (2.) *quis eam injungat?* Magistratus competens, quod ex natura imperii resultat, ac ex statu cujusvis Reipublicæ specialius dijudicari debet. Romana *lit. C.* hodie nullum habent usum. (3.) *quo medio petatur?* extraordinaria persecutione, *lit. C.* id quod ad otiosas tricas pertinet, cum hodie actionem & persecutionem extraordinariam distinguere, nil attineat (4.) *quis, cui & de qua re cautionem præstet?* de quo *lit. S. P. O.* quæ naturalia sunt (5.) *quo modo cavendum?* nuda repromissione & satisdatione *lit. fr.* Cæterum satius erat, semper fidejussores aut pignora exigere, cum in nuda promissione nulla sit utilitas, nam, damno secuto, alter ad ejus emendationem obligatur, licet nulla cautio intervenerit, hinc ad solum actionis nomen, omne cautionis emolumentum spectare videtur, quod satis macilentum est (6.) *quis cautionis tenor?* hoc ex scopo judicantum *lit. fr.* & naturale est (7.) *quæ ejus duratio?* hanc conventio vel lex positiva definit *lit. A.* an autem memoratæ determinationis Romanæ sit magnus usus, dubito (8.) *quis effectus?* ut fides servetur *lit. E.* quod naturale est.

OB-

OBSERV. CMLXXXIX.

Missionem) Si quis rem vitiosam emendare aut eo nomine alterum securum reddere nolit, tum contumax per Magistratum mediis habilibus merito compellitur, quod non Romanum, sed omnibus civitatibus commune est. Cum porro alter ex re damnum metuat, non rectius ei prospici posse videtur, quam si res ei custodienda tradatur, ac tandem, continuata contumacia, ei plane addicatur, hinc missio Romanorum, communi ratione evidenter suffulta, etiam juris Gentium censeri potest.

OBSERV. CMXC.

Et tandem actionem in factum) Agnoverunt ergo Romani tandem, quod etiam sine cautionis præstatione, ad damni, præter votum secuti, emendationem, quis naturaliter sit obstrictus, eamque obligationem merito confirmarunt. Quod autem hanc, ex absoluta obligatione naturali oriundam actionem in factum, cum actione publiciana & interdicto unde vi, *elective* concurrere dicat *lit. SS.* id vel falso, vel ambigue dicitur, nam actiones elective concurrentes tendunt ad eundem finem, sed actiones memoratas diversum plane habere scopum, ex comparatione liquet. Concurrunt igitur potius *alternative* (quod forte etiam *AUTOR* voluit) & sensus *d. l. 18. §. 15. h. t.* est: si missus iterum dejectus, vel non admissus sit, tum posse eum pro consequenda re, interdicto unde vi vel publiciana experiri, quodsi interim res nocuerit, illis actionibus omissis, actione in factum damni restitutionem exigere.

ſingularem *lit. P.* præceptum enim naturale de damno avertendo omnes obligat, etiamſi nullum factum exercuerint, & hinc eſt, quod vulgò hæc actio dicatur *in rem ſcripta*, alia ratio eſt obligationum hypotheticarum, quæ ex facto oriuntur & certam ſaltem perſonam obſtringunt.

OBSERV. CMXCIV.

Non etiam ſi poſtea alienavit) Facta alienatione, ſucceſſor in tantum tenetur, ut autor noxii operis, poſt alienationem, quoad vicinum liber ſit, ille enim opus noxium poſſidet, adeoque, ut id deſtruat vel deſtrui patiatur, conveniri poteſt, cum ê contrario ejus autor deſtructionem jam præſtare nequeat. Quod autem adhuc conveniri poſſe dicatur, ſi animo judicii mutandi, rem alienaverit, aut lis jam fuerit conteſtata, id ad præſtationem ejus quod intereſt, referendum videtur, cum re alienata, ut diximus, opus deſtruere nequeat Licet verò obligatio illa ſecundaria, ex delicto vel pacto oriatur, adeoque naturalis ſit, hodie tamen ejus non magna ratio videtur habenda, cum ſatius ſit, novum ſucceſſorem ad operis nocituri deſtructionem adigere.

OBSERV. CMXCV.

Ad operis illius deſtructionem) Ita viſum eſt Romanis, ut actio aquæ pluviæ arcendæ, unicè tenderet ad rei deſtructionem adeoque ad damnum avertendum *lit. O.* Ubi quidem id quoque naturale eſt, quod exſtruens propriis ſumtibus deſtruere, ſucceſſor ſingularis deſtructionem ſaltem pati teneatur, nam obligatio ad opus tollendum, abſoluta eſt, & omnes afficit, ſed obligatio ad ſumtus ſuppeditandos, ex facto oritur, adeoque eum ſaltem afficit qui factum ſuſcepit.

pit. Quodsi opus noxium, damnum jam dederit, id regulariter alia actione apud Romanos vindicabatur *in fin. h.* quod ad nimiam miseramq; diligentiam referendum est, nam cum & operis destructio & damni quod jam datum est, emendatio, sine dubio simul peti queat, an tantum una eademque actione, an duabus actionibus, eodem libello cumulatis id fieri putes, quid interest?

TIT. IV.

DE PUBLICANIS ET VECTIGALIBUS ET COMMISSIS.

OBSERV. CMXCVI.

Publicani) Constituuntur locatione & conductione, quare de eorundem jure & officio juxta legem naturalem, ex iis, quæ titulo: *locati* dicta sunt, erit judicandum. Quodsi in officio delinquant sine dubio puniri possunt, sed pœna Romana, quæ hic recensetur, nullius hodie est usus.

OBSERV. CMXCVII.

Vectigal) In quavis Republica sumtus publici requiruntur, qui uti varie comparari solent, ita ad eo etiam pertinet Vectigal, cujus imponendi jus est penes Imperantem *lit. C.* de quo, si ad hypothesin descendamus, ex forma cujusvis Reipublicæ judicandum, id quod, quoad Germaniam, in Jure publico Germanico exponitur. Imponitur vectigal lege positiva cujusvis Reipublicæ, quæ definit, quis & quid solvere debeat, tum quæ pœna transgressores maneat. Quæ ex jure Romano hic recensentur *lit. P. O. D. E. C.* illa non ubique usum habent, in primis Status imperii Germa-

Germaniciillis non subsunt, hinc frustra quis, ad obtinendam immunitatem, leges Romanas invitis opponeret, quodsi verò aliud cautum non est, ad illas provocare licet.

Observ. CMXCVIII.

Sive non impetraverint) Solutio vectigalis cum necessitate resarciendi damnum illatum, nihil habet commune, illud enim solvitur ob causam præteritam, usum scilicet viarum, fluminum & pontium, non ob futuram, seu securitatem, frustra igitur *ALLTOR* illá ex soluto vectigali repetit. Quare damnum est resarciendum vel ob *promissum* vel ob *culpam*, si hæc probari queat, quæ duæ causæ locum habent, licet quis vectigal non solverit. Interim cogitandum est, quod memorata obligatio afficiat Imperantem, qui si potens sit ac ultro eam implere nolit, læsus de damno restituto non valde gaudebit,

Tit. V.

DE DONATIONIBUS.

Observ. CMXCIX.

D*Onatio*) Hæc cum suis speciebus, omnibus hominibus nota est. Circa donationem inter vivos spectari potest (I.) *Donationis actus*, quo spectant tradita lit. D. D. C, S. P. O. quæ omnia sunt juris Gentium, his exceptis, quæ Romanis debentur (1.) *quod donatio modo sit* contractus, *modo* pactum legitimum *lit. D. imo etiam* modus acquirendi, *prout elegans Institutionum ordo præcipit.* Hodie illa otiosa sunt, cum pactum & contractus coincidant, hinc etiam in Jurisprudentiâ, â præjudiciis & tricis Romanis libe-

ratâ, inter reliquos contractus, donatio inter vivos, suum locum sortiretur (2.) *quod donatio certo casu actis sit insinuanda lit. C. a.* circa quam variæ quæstiones voluntatis occurrunt *add. DECIS. SAXON. 26.* (3.) *quod quadam persona, licet usum rationis & jus transferendum habent, donare non possint, aut certis personis donari nequeat, vel saltem donatio, ex legis positivæ interpretatione, valida non censeatur lit. S. P. add. DECIS. SAXON. 22. 23.*

Observ. M.

Omnia bona etiam futura lit. O.) Hæc sententia facile quidem defendi potest contra vulgarem rationem, qua illa improbari solet, quod scilicet donatio universalis auferat facultatem testandi, nam ut quis hac præcise gaudere debeat, id nullibi est constitutum. Interim tamen hoc dubium urget, quod talis donatio revera sit pactum de viventis hæreditate, inprimis si donator, quod plerumque fiet, usumfructum sibi reservet, adeo ut post ejus mortem demum traditio sequatur! Quid enim quæso nunc interest: hæredipetæ de futura successione cum alio pacisci non licet, ast per donationem ille valide alterum sibi obstringit de bonis post mortem tradendis? an ambigua donationis natura quam juxta jus civile habet, heic imposuit? aut num recurrit rabularia subtilitas, quam notavimus Observ. 774. vel valebitne universalis donatio tantum casu rarissimo, ubi traditio eam statim sequitur? Ego aliis hoc exputandum relinquo. Quodsi pacta de viventis hæreditate, valida supponas, tum res, quoad donationem omnium bonorum, expedita est.

Ob-

OBSERV. MI.

Legis assistentia producit actionem lit. E.) Circa donationem (II.) spectatur *donantis officium*, ob fidem datam rem ex præscripto juris naturalis tradere tenetur. Romani olim illâ obligationem neglexerunt sed postea probarunt, hinc ex *legis assistentia* donatio valere dicitur, quæ ambages hodie otiosæ, cum valeat donatio simpliciter ob serium consensum, usuras vero & fructus â donatore exigere velle, nimis inhumanum & incivile fuerit, nisi rem semel traditam, denuo forte receperit, tum enim, mora commissa, fructus præstandi erunt *d. l. 41. §. 1. de re judic.*

OBSERV. MII.

Donatio regulariter revocari nequit) Facta donatione, ob consensum semel datum, excluditur pœnitentia, sive traditio accesserit, sive non. Aliquando tamen revocatio obtinet, idque vel ob *defectum potestatis* v. gr. quoad legitimam *vid. VINN. select. qu. l. 2. c. 33.* vel *voluntatis*, si donatarius ingratus sit, vel donatori liberi nascantur *lit. C. E.* Quæ omnia adeò naturalia censeri possunt, interim lex positiva voluntatem donantis nonnunquam certius determinat, quemadmodum etiam in quæstionibus dubiis interpretationis usualis magna est autoritas juxta *l. 37. de LL.*

TIT. VI.
DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS ET CAPTIONIBUS.

OBSERV. MIII.

M*Ortis causa donatio*) Licere etiam hominibus in eventum & sub conditione mortis suæ donare, &

& hoc cumumuni ratione intelligi, facile liquet, hinc *donatio mortis causa*, quæ *lit. D. C. Q. S. P. O.* explicatur, juris Gentium censeri debet, nonnullis tamen exceptis, quæ Romanis debentur. Eo referas (1) *modum declarandi lit. Q.* In Saxonia Electorali donatio mortis causa judicialiter debet fieri *vid. CARPZ. p. 3. C. 1. D. 23.* (2.) *quod certæ personæ, usum rationis licet, ac jus transferendum habentes, donare, nequeant lit. S.*

OBSERV. MIV.

Qui habet testamenti factionem lit. C.) Positivè seu affirmative hoc procedit, qui enim facultatem testandi habet, illi facultas donandi negari nequit, nam non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere *l. 21. de R. J.* hinc etiam minoribus & mulieribus merito illa asseritur, nec hoc casu requirendum erit, ut quis liberam rerum suarum administrationem, quoad actus inter vivos, habeat. Negative autem non procedit, nam licet quis facultatem testandi non habeat, attamen donare potest mortis causa, modo liberà rerum administratione gaudeat, ceu exemplo filifam. patet: Breviter, quia donatio mortis causa, duplicem habet naturam, ultimæ voluntatis & actus inter vivos, hinc alterum sufficit, vel facultas testandi, vel libera rerum administratio, ubi autem utrumque deficit, ut in pupillis, ibi donatio illa fieri nequit.

OBSERV. MV.

Perfecta hac m. c. donatione lit. E.) Ut donatarius, facta donatione, tantū juris consequatur, quantum in illum transferre voluit donator, id dubio procul naturale est, inprimis etiam mero jure naturali jus reale per solum consensum transfertur, quod ita

et-

etiam reliquit jus Romanum, ut perperam interpretes hoc respectu, m. c. donationem putent esse modum acquirendi civilem.

Observ. MVI.

Dissolvitur perfecta quoad ordinationem (lit. C.) Si perpendas, quod donatio mortis causa, sit species ultimæ voluntatis, exinde utique sequitur, quod donantis pœnitentiâ possit everti naturaliter, istam tamen interpretationem magis firmat lex civilis. In Saxonia Electorali ex intentione CONSTIT. *2. p. 3.* hæc donatio videtur esse irrevocabilis, quamvis interpretes Saxonici in aliam abeant sententiam. Amplius si is, cujus intuitu donatio facta, præmoriatur, aut eventus, ob quem illa unicè suscepta, deficiat, tum naturaliter quoque donatio evanescit, sed nisi accederet interpretatio legis civilis, res non tam evidens foret.

LIBRI XL. HODIE NULLUS EST USUS.

Observ. MVII.

Quod effatum meritò generaliter admittitur, nam quæ de propriis, similisque conditionis parum lautæ, hominibus dici possunt ea vel mero jure naturali, vel specialibus statutis, pactis aut consuetudinibus nituntur, ut a servis Romanis longius petita argumenta haut sint necessaria, sed eorum usus doctrinam præjudiciis Romanis corruptam arguat.

Tit.

LIB. XL. TIT. I.

DE ACQUIRENDO RERUM DOMINIO.

OBSERV. MLVIII.

D*Ominium hic propriè est, jus in re, quo res alicujus est propria).* Dominii essentia non ex eo æstimanda, quod illud ad nos pertineat, nam hoc omnibus juribus seu rebus moralibus, quæ nobis imputantur, commune est, sed ex effectu, quem erga objectum suum habet. Jam si dominium ad aliud jus v. gr. servitutem aut pignus, tanquam ejus objectum, referas, tam nullus apparet effectus, nihil enim aliud habes, quam simplicem servitutem aut pignus, perinde ac si nude his nominibus, mentione dominii omissa, utereris, ex quo manifestum est, quod dominium juris, ex accurata rerum moralium cognitione, asseri nequeat, sed potius nihil aliud sit, quam falsus conceptus ac inane nomen. Quod si verò dominium ad res corporales referatur, tum effectus, aliquis conspicitur, hinc ad has solas idem pertinere existimandum est. Consistit autem dominii effectus non in eo tantum, quod res *propria* sit, ceu definitio *AUTORIS* præcipit, nam hoc alia etiam jura realia suo modo præstant, sed potissimum in eo, quod ad *plenissimum utendi effectum propria* sit, hinc accurata dominii definitio est: quod sit *jus reale, ob quod ad plenissimum utendi effectum, res corporalis nostra est.* Nec obstat, quod pupilli rebus suis plene uti nequeant, & tamen domini sint, nam utique plene iis uti possunt, verum non suo sed prudentiorum judicio.

OB-

OBSERV. MIX.

Acquiritur modis naturalibus) Per *modum* intelligitur factum illud, mediante quo dominium consequimur, sæpe tamen in jure Romano strictius accipitur, *tituloque* opponitur. De cætero vel ex lege naturali vel civili efficaciam sortiuntur modi acquirendi, hinc in *naturales* & *Civiles* vulgò distinguuntur, quæ divisio uti in se satis certa est, ita in ejus applicatione sæpissime falluntur Romani, sed cum, vel ipsis fatentibus hæc philosophia sit omnibus hominibus communis, ideo liberam sententiam heic admittere tenentur.

OBSERV. MX.

Hæc dicitur occupatio) Res nullius, accuratè loquendo, sunt, quæ hominibus destinatæ quidem à Deo & natura, sed ab illis nondum assertæ, aut iterum dimissæ sunt. Quoad has igitur ratio humana satis ostendit, quod illi acquiri debeant, qui animum illas habendi primus declaravit, cum verò regulariter de hoc animo aliis non constet, nisi res occupata fuerit, hinc occupatio hactenus tanquam *medium nostram voluntatem aliis indicandi*, ad acquisitionem originariam requiritur. Ex quo sequitur, quod, si animus alio medio aliis innotescat, etiam sine occupatione res acquiri queat, unde plura alia consectaria fluunt, in quibus determinandis sæpius falluntur scriptores, dum occupationem ad acquisitionem originariam absolute necessariam esse, falsò existimant. Inprimis inde sequitur, quod hodie dominium ferarum, etiam ante occupationem, Reipublicæ ac Imperanti recte tribuatur, quod credere non possunt, quos vel falsa occupationis imago decipit, vel etiam ju-

juris Romani præjudicia vexant *add.* Specimen meum Jur. public. Romano germ. *l. 3. c. 3.* §. *22. 23.* Illud etiam observandum, quod regula naturalis: *res nullius cedit occupanti* semper vera sit, at conditio rerum non semper est eadem, hinc regula illa perpetuò applicari nequit. Nonnunquam etiam Romani res quasdam, nullius putarunt, quæ veriori æstimatione alicujus sunt, hinc subsumtio Romana, de rebus illis occupanti concedendis, in Germania sæpe exultat, de quo dixi in Spec. Jur. publ. *d. L. 3. c. 3.*

OBSERV. MXI.

Visus non sufficit) Si duo circa rem acquirendam concurrant, neque visus, neque occupatio naturaliter rem uni asserere potest, sed illa utrique potius est communis, nam uterque jus acquirendi habet, uterque etiam voluntatem acquirendi declarat, ab hac verò acquisitio dependet. Quod vulgo dissentiant ac primum occupantem præferant, id ex eo est, quod occupationis habitum & necessitatem non satis intelligant.

OBSERV. MXII.

De hodierna venatione) In specie Romani in eo errarunt, quod feras bestias in Republica, *nullius* dixerint, cum tamen constitutis civitatibus, dominium originarium illarum, his tribuendum esse, natura Rerumpublicarum evidenter evincat. Hæc sententia constanter observata est in Germania, hinc nemini feras bestias occupare licet, nisi cui civitas & Imperans id concessit, à qua concessione amplius occupationis modus & effectus derivari debet. Hinc juris Romani usus hac in parte non tantum nullus, sed & noxius est, quia jurium contrariorum comixtio do-

ctri-

ctrinam parum cohærentem & solidam gignere solet, de quo amplius dixi in Specim. jur. public. *d.l. 3.c.3.* ut & *in dissertat.* de jur. metallor. *hab. Lips. 1695.* ex quibus etiam cætera occupationis objecta dijudicari possunt.

OBSERV. MXIII.

Hodie tamen quoad hos contrarium observatur) Ambigua est hæc doctrina, quia non satis constat, quam sententiam jure civili quoad Vasallum, emphyteutam & superficiarium, circa acquisitionem thesauri, obtinere putet *AUTOR*. Interim probabile videtur, quod illos emtori ac usufructuario comparet, eosque jure dominii thesaurum non acquirere arbitratur, tum enim sequitur: *quoad hos tamen hodie contrarium observatur*, hoc enim docent Autores citati. Cæterum hæc sententia non tantum hodie, sed etiam ex rationibus juris civilis obtinet, quicquid *AUTOR* aliique dissentiant, nam dominium utile, directo præstat, cum hoc de dominio, nil fere nisi nomen participet.

OBSERV. MXIV.

Quæ dicitur traditio) Dominium legitime acquisitum, naturaliter in alios non transit, nisi interveniente consensu mutuo, & hic solus etiam sufficit, hinc traditio ultro quidem adhiberi, attamen ad transferendum dominium, præcise non debet contrarium nunquam aliquis probaverit. Est ergo traditionis necessitas ex lege civili, quæ bonis rationibus, ad excludendam cavillationem & tergiversationem paciscentium, eam introduxit, quanquam loco ejus aliquando similes act9 admittit, quandoque etiam judicialem requirit, *vid. DECIS. SAXON. 61.* Exinde enatum

tum est discrimen *Tituli* & *Modi*, accessere etiam fictiones, quibus cæteri actus, qui loco traditionis admittuntur, traditio esse finguntur, qui totus fictionum apparatus, ut alibi, ita hic etiam est ineptus.

OBSERV. MXV.

Licet erroneo lit. C.) Naturaliter titulus erroneus dominio transferendo non sufficit, nec etiam jure civili indistincte id obtinet. Nam *d.* §. *40. J. de R. D.* non est captandus, traditio transfert dominium, sed cæteris paribus, præsupposito consensu habili, qualis non est erroneus. *d. l. 36. h. t.* & *l. 18. de R. C.* agunt de casu, ubi circa Titulos solum erat erratum, in dominii tamen translationem consensum, de quo pluribus egi Observ. *306.* Interim vulgò eo deveniunt, ut ejus, quod per errorem solutum est, dominium transferri statuant de quo actum Observ. *367.*

OBSERV. MXVI.

Ficte res incorporales lit. O) Res incorporales neque vere neque ficte traduntur, sed omnis traditio pertinet ad res corporales. Si tibi sit promissa servitus, habes jus personale, utaris jure concesso, & alter usum admittat, tum traditur non *servitus*, sed *res serviens*, & hac tradita illa exoritur, perinde sicut se res habet circa dominium. Vulgaris sententia ex eo habet originem, quod res corporales & incorporales eâdem classe censeant, ac illarum prædicata, ad has etiam transferant. Cæterum hæc observatio ad veram rei cognitionem saltem pertinet, in foro nullum usum habet.

OBSERV. MXVII.

Accessio) Sub accessione continetur acquisitio partim *originaria*, quà res, quæ vel nullius unquam fuerunt

runt, vel alicujus esse desierunt, acquiruntur, quo pertinet accessio naturalis, nempe foetura animalium, alluvio, coalitio terræ adjectæ, nativitas insulæ & alvei destitutio, quæ accessio etiam pro modo acquirendi naturali recte habetur, sed saltem ex certa hypothesi, hæc autem non perpetuo obtinet, nec ea, quam Romani heic supposuerunt, indoli rerumpublicarum, ubique convenit, hinc mirum videri non debet, quare laudata acquisitio in Germania quandoque cesset; partim *derivativa*, qua dominium de persona in personam transfertur.

OBSERV. MXVIII.

Artificialis est) Accessio artificialis seu industrialis, quam vocant, modum acquirendi derivativum exhibet, de cætero non incommode posset dici, *acquisitio fortuita*, quæ præter intentionem dominorum accidat, vel *occasio, ex qua translatio dominii, vel voluntate partium, vel autoritate legis positivæ, sequatur*; Nam ita est, in omnibus hujus accessionis speciebus, positâ solâ rerum conjunctione, naturaliter nulla est translatio & acquisitio dominii, quia dominorum consensus deficit, sed potius rerum conjunctarum communio occurrit, quod contra Romanos recte docuit *GROTIUS de J. B. P, l. 2, c. 8.* modo notes, retundendis nonnullorum, qui contradicere ausi sunt, argutiis, per communionem hic non intelligi *propriam*, quæ omnes particulas reddat communes, sed *inpropriam*, qua ob cohærentiam, totum corpus ad plures pertinet, licet unusquisque suæ rei maneat dominus. Asserta igitur contra Romanos communione, eorum tradita ita accipienda sunt, non quod exhibeant acquisitionem naturalem, sed quod instruant judicem,

ratâ, inter reliquos contractus, donatio inter vivos, suum locum sortiretur (2.) *quod donatio certo casu actis sit insinuanda lit. C. a.* circa quam variæ quæstiones voluntatis occurrunt *add. DECIS. SAXON. 26.* (3.) *quod quadam persona, licet usum rationis & jus transferendum habent, donare non possint, aut certis personis donari nequeat, vel saltem donatio, ex legis positiva interpretatione, valida non censeatur lit. S. P. add. DECIS. SAXON. 22. 23.*

OBSERV. M.

Omnia bona etiam futura lit. O.) Hæc sententia facile quidem defendi potest contra vulgarem rationem, qua illa improbari solet, quod scilicet donatio universalis auferat facultatem testandi, nam ut quis hac præcise gaudere debeat, id nullibi est constitutum. Interim tamen hoc dubium urget, quod talis donatio revera sit pactum de viventis hæreditate, inprimis si donator, quod plerumque fiet, usumfructum sibi reservet, adeo ut post ejus mortem demum traditio sequatur! Quid enim quæso nunc interest: hæredipetæ de futura successione cum alio pacisci non licet, ast per donationem ille valide alterum sibi obstringit de bonis post mortem tradendis? an ambigua donationis natura quam juxta jus civile habet, heic imposuit? aut num recurrit rabularia subtilitas, quam notavimus Observ. 774. vel valebitne universalis donatio tantum casu rarissimo, ubi traditio eam statim sequitur? Ego aliis hoc exputandum relinquo. Quodsi pacta de viventis hæreditate, valida supponas, tum res, quoad donationem omnium bonorum, expedita est.

OB-

Observ. MI.

Legis assistentia producit actionem lit. E.) Circa donationem (II.) spectatur *donantis officium*, ob fidem datam rem ex præscripto juris naturalis tradere tenetur. Romani olim illá obligationem neglexerunt sed postea probarunt, hinc ex *legis assistentia* donatio valere dicitur; quæ ambages hodie otiosæ, cum valeat donatio simpliciter ob serium consensum, usuras vero & fructus à donatore exigere velle, nimis inhumanum & incivile fuerit, nisi rem semel traditam, denuo forte receperit, tum enim, mora commissa, fructus præstandi erunt *d. l. 41. §. 1. de re judic.*

Observ. MII.

Donatio regulariter revocari nequit) Facta donatione, ob consensum semel datum, excluditur pœnitentia, sive traditio accesserit, sive non. Aliquando tamen revocatio obtinet, idque vel ob *defectum potestatis* v. gr. quoad legitimam *vid. VINN. select. qu. l. 2. c. 33.* vel *voluntatis*, si donatarius ingratus sit, vel donatori liberi nascantur *lit. C. E.* Quæ omnia adeò naturalia censeri possunt, interim lex positiva voluntatem donantis nonnunquam certius determinat, quemadmodum etiam in quæstionibus dubiis interpretationis usualis magna est autoritas juxta *l. 37. de LL.*

Tit. VI.

DE MORTIS CAUSA DONATIONIBUS ET CAPTIONIBUS.

Observ. MII.

M*ortis causa donatio*) Licere etiam hominibus in eventum & sub conditione mortis suæ donare,

& hoc cummuni ratione intelligi, facile liquet, hinc *donatio mortis causa*, quæ *lit. D. C.* ℚ. *S. P. O.* explicatur, juris Gentium censeri debet, nonnullis tamen exceptis, quæ Romanis debentur. Eo referas (1) *modum declarandi lit.* ℚ. In Saxonia Electorali donatio mortis causa judicialiter debet fieri *vid. CARPZ. p. 3. C. 1. D. 23.* (2.) *quod certa persona, usum rationis licet, ac jus transferendum habentes, donare, nequeant lit. S.*

Observ. MIV.

Qui habet testamenti factionem lit. C.) Positivé seu affirmative hoc procedit, qui enim facultatem testandi habet, illi facultas donandi negari nequit, nam non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere *l. 21. de R. J.* hinc etiam minoribus & mulieribus merito illa asseritur, nec hoc casu requirendum erit, ut quis liberam rerum suarum administrationem, quoad actus inter vivos, habeat. Negative autem non procedit, nam licet quis facultatem testandi non habeat, attamen donare potest mortis causa, modo liberâ rerum administratione gaudeat, ceu exemplo filiifam. patet: Breviter, quia donatio mortis causa, duplicem habet naturam, ultimæ voluntatis & actus inter vivos, hinc alterum sufficit, vel facultas testandi, vel libera rerum administratio, ubi autem utrumque deficit, ut in pupillis, ibi donatio illa fieri nequit.

Observ. MV.

Perfecta hac m. c. donatione lit. E.) Ut donatarius, facta donatione, tantū juris consequatur, quantum in illum transferre voluit donator, id dubio procul naturale est, inprimis etiam mero jure naturali jus reale per solum consensum transfertur, quod ita et-

etiam reliquit jus Romanum, ut perperam interpretes hoc respectu, m. c. donationem putent esse modum acquirendi civilem.

OBSERV. MVI.

Dissolvitur perfecta quoad ordinationem lit. C.) Si perpendas, quod donatio mortis causa, sit species ultimæ voluntatis, exinde utique sequitur, quod donantis pœnitentia possit everti naturaliter, istam tamen interpretationem magis firmat lex civilis. In Saxonia Electorali ex intentione *CONSTIT. r. p. 3.* hæc donatio videtur esse irrevocabilis, quamvis interpretes Saxonici in aliam abeant sententiam. Amplius si is, cujus intuitu donatio facta, præmoriatur, aut eventus, ob quem illa unicè suscepta, deficiat, tum naturaliter quoque donatio evanescit, sed nisi accederet interpretatio legis civilis, res non tam evidens foret.

LIBRI XL. HODIE NULLUS EST USUS.

OBSERV. MVII.

Quod effatum meritò generaliter admittitur, nam quæ de propriis, similisque conditionis parum lautæ, hominibus dici possunt ea vel mero jure naturali, vel specialibus statutis, pactis aut consuetudinibus nituntur, ut a servis Romanis longius petita argumenta haut sint necessaria, sed eorum usus doctrinam præjudiciis Romanis corruptam arguat.

TIT.

LIB. XL. TIT. I.
DE ACQUIRENDO RERUM DOMINIO.

OBSERV. MLVIII.

D*Ominium hic propriè est jus in re, quo res alicujus est propria).* Dominii essentia non ex eo æstimanda, quod illud ad nos pertineat, nam hoc omnibus juribus seu rebus moralibus, quæ nobis imputantur, commune est, sed ex effectu, quem erga objectum suum habet. Jam si dominium ad aliud jus v. gr. servitutem aut pignus, tanquam ejus objectum, referas, tam nullus apparet effectus, nihil enim aliud habes, quam simplicem servitutem aut pignus, perinde ac si nude his nominibus, mentione dominii omissa, utereris, ex quo manifestum est, quod dominium juris, ex accurata rerum moralium cognitione, asseri nequeat, sed potius nihil aliud sit, quam falsus conceptus ac inane nomen. Quodsi verò dominium ad res corporales referatur, tum effectus, aliquis conspicitur, hinc ad has solas idem pertinere existimandum est. Consistit autem dominii effectus non in eo tantum, quod res *propria* sit, ceu definitio *AUTORIS* præcipit, nam hoc alia etiam jura realia suo modo præstant, sed potissimum in eo, quod ad *plenissimum utendi effectum propria* sit, hinc accurata dominii definitio est: quod sit *jus reale, ob quod ad plenissimum utendi effectum, res corporalis nostra est.* Nec obstat, quod pupilli rebus suis plene uti nequeant, & tamen domini sint, nam utique plene iis uti possunt, verum non suo sed prudentiorum judicio.

OB-

OBSERV. MIX.

Acquiritur modis naturalibus) Per *modum* intelligitur factum illud, mediante quo dominium consequimur, sæpe tamen in jure Romano strictius accipitur, *tituloque* opponitur. De cætero vel ex lege naturali vel civili efficaciam sortiuntur modi acquirendi, hinc in *naturales* & *Civiles* vulgò distinguuntur, quæ divisio uti in se satis certa est, ita in ejus applicatione sæpissime falluntur Romani, sed cum, vel ipsis fatentibus hæc philosophia sit omnibus hominibus communis, ideo liberam sententiam heic admittere tenentur.

OBSERV. MX.

Hæc dicitur occupatio) Res nullius, accuratè loquendo, sunt, quæ hominibus destinatæ quidem à Deo & natura, sed ab illis nondum assertæ, aut iterum dimissæ sunt. Quoad has igitur ratio humana satis ostendit, quod illi acquiri debeant, qui animum illas habendi primus declaravit, cum verò regulariter de hoc animo aliis non constet, nisi res occupata fuerit, hinc occupatio hactenus tanquam *medium nostram voluntatem aliis indicandi*, ad acquisitionem originariam requiritur. Ex quo sequitur, quod, si animus alio medio aliis in notescat, etiam sine occupatione res acquiri queat, unde plura alia consectaria fluunt, in quibus determinandis sæpius falluntur scriptores, dum occupationem ad acquisitionem originariam absolute necessariam esse, falsò existimant. Inprimis inde sequitur, quod hodie dominium ferarum, etiam ante occupationem, Reipublicæ ac Imperanti recte tribuatur, quod credere non possunt, quos vel falsa occupationis imago decipit, vel etiam

juris Romani præjudicia vexant *add.* Specimen meum Jur. public. Romano germ. *l.3. c.3.* §.22. 23. Illud etiam observandum, quod regula naturalis: *res nullius cedit occupanti* semper vera sit, at conditio rerum non semper est eadem, hinc regula illa perpetuò applicari nequit. Nonnunquam etiam Romani res quasdam nullius putarunt, quæ veriori æstimatione alicujus sunt, hinc subsumtio Romana, de rebus illis occupanti concedendis, in Germania sæpe exultat, de quo dixi in Spec. Jur. publ. *d. L.3. c.3.*

OBSERV. MXI.

Visus non sufficit) Si duo circa rem acquirendam concurrant, neque visus, neque occupatio naturaliter rem uni asserere potest, sed illa utrique potius est communis, nam uterque jus acquirendi habet, uterque etiam voluntatem acquirendi declarat, ab hac verò acquisitio dependet. Quod vulgo dissentiant ac primum occupantem præferant, id ex eo est, quod occupationis habitum & necessitatem non satis intelligant.

OBSERV. MXII.

De hodierna venatione) In specie Romani in eo errarunt, quod feras bestias in Republica *nullius* dixerint, cum tamen constitutis civitatibus, dominium originarium illarum, his tribuendum esse, natura Rerumpublicarum evidenter evincat. Hæc sententia constanter observata est in Germania, hinc nemini feras bestias occupare licet, nisi cui civitas & Imperans id concessit, â qua concessione amplius occupationis modus & effectus derivari debet. Hinc juris Romani usus hac in parte non tantum nullus, sed & noxius est, quia jurium contrariorum comixtio do-

Ctri-

ctrinam parum cohærentem & solidam gignere solet, de quo amplius dixi in Specim. jur. public. *d.l. 3.c.3.* ut & *in dissertat.* de jur. metallor. *hab. Lips. 1695.* ex quibus etiam cætera occupationis objecta dijudicari possunt.

OBSERV. MXIII.

Hodie tamen quoad hos contrarium observatur) Ambigua est hæc doctrina, quia non satis constat, quam sententiam jure civili quoad Vasallum, emphyteutam & superficiarium, circa acquisitionem thesauri, obtinere putet AUTOR. Interim probabile videtur, quod illos emtori ac usufructuario comparet, eosque jure dominii thesaurum non acquirere arbitretur, tum enim sequitur: *quoad hos tamen hodie contrarium observatur*, hoc enim docent Autores citati. Cæterum hæc sententia non tantum hodie, sed etiam ex rationibus juris civilis obtinet, quicquid AUTOR aliique dissentiant, nam dominium utile, directo præstat, cum hoc de dominio, nil fere nisi nomen participet.

OBSERV. MXIV.

Quæ dicitur traditio) Dominium legitime acquisitum, naturaliter in alios non transit, nisi interveniente consensu mutuo, & hic solus etiam sufficit, hinc traditio ultro quidem adhiberi, attamen ad transferendum dominium, præcise non debet contrarium nunquam aliquis probaverit. Est ergo traditionis necessitas ex lege civili, quæ bonis rationibus, ad excludendam cavillationem & tergiversationem paciscentium, eam introduxit, quanquam loco ejus aliquando similes act9 admittit, quandoque etiam judicialem requirit, *vid. DECIS. SAXON. 61.* Exinde enatum

tum est discrimen *Tituli* & *Modi*, accessere etiam fictiones, quibus cæteri actus, qui loco traditionis admittuntur, traditio esse finguntur, qui totus fictionum apparatus, ut alibi, ita hic etiam est ineptus.

OBSERV. MXV.

Licet erroneo lit. C.) Naturaliter titulus erroneus dominio transferendo non sufficit, nec etiam jure civili indistincte id obtinet. Nam *d.* §. *40. J. de R. D.* non est captandus, traditio transfert dominium, sed cæteris paribus, præsupposito consensu habili, qualis non est erroneus. *d. l. 36. h. t.* & *l. 18. de R. C.* agunt de casu, ubi circa Titulos solum erat erratum, in dominii tamen translationem consensum, de quo pluribus egi Observ. *306.* Interim vulgò eo deveniunt, ut ejus, quod per errorem solutum est, dominium transferri statuant de quo actum Observ. *367.*

OBSERV. MXVI.

Ficte res incorporales lit. O) Res incorporales neque vere neque ficte traduntur, sed omnis traditio pertinet ad res corporales. Si tibi sit promissa servitus, habes jus personale, utaris jure concesso, & alter usum admittat, tum traditur non *servitus*, sed *res serviens*, & hac tradita illa exoritur, perinde sicut se res habet circa dominium. Vulgaris sententia ex eo habet originem, quod res corporales & incorporales eâdem classe censeant, ac illarum prædicata, ad has etiam transferant. Cæterum hæc observatio ad veram rei cognitionem saltem pertinet, in foro nullum usum habet.

OBSERV. MXVII.

Accessio) Sub accessione continetur acquisitio partim *originaria*, quà res, quæ vel nullius unquam fuerunt

runt, vel alicujus esse desierunt, acquiruntur, quo pertinet accessio naturalis, nempe foetura animalium, alluvio, coalitio terræ adjectæ, nativitas insulæ & alvei destitutio, quæ accessio etiam pro modo acquirendi naturali recte habetur, sed saltem ex certa hypothesi, hæc autem non perpetuo obtinet, nec ea, quam Romani heic supposuerunt, indoli rerumpublicarum, ubique convenit, hinc mirum videri non debet, quare laudata acquisitio in Germania quandoque cesset; partim *derivativa*, qua dominium de persona in personam transfertur.

OBSERV. MXVIII.

Artificialis est) Accessio artificialis seu industrialis, quam vocant, modum acquirendi derivativum exhibet, de cætero non incommode posset dici, *acquisitio fortuita*, quæ præter intentionem dominorum accidat, vel *occasio, ex qua translatio dominii, vel voluntate partium, vel autoritate legis positivæ, sequatur;* Nam ita est, in omnibus hujus accessionis speciebus, positâ solâ rerum conjunctione, naturaliter nulla est translatio & acquisitio dominii, quia dominorum consensus deficit, sed potius rerum conjunctarum communio occurrit, quod contra Romanos recte docuit *GROTIUS de J. B. P, l. 2, c. 8.* modo notes, retundendis nonnullorum, qui contradicere ausi sunt, argutiis, per communionem hic non intelligi *propriam*, quæ omnes particulas reddat communes, sed *inpropriam*, qua ob cohærentiam, totum corpus ad plures pertinet, licet unusquisque suæ rei maneat dominus. Asserta igitur contra Romanos communione, eorum tradita ita accipienda sunt, non quod exhibeant acquisitionem naturalem, sed quod instruant judicem,

quomodo communionem ſolvere, ac uni rem, alteri vero, pro ratione circumſtantiarum, intereſſe adjudicare debeat, quo ſenſu alicujus uſus eſſe poſſunt, quamvis negandum non ſit, ſententias illas ſæpetricis ſcatere, incertas ac iniquas eſſe, ut faciliꝰ juxta æquitatem, quam normam illam Romanam, communio in plerisque caſibus ſolvi queat. Quæ in genere admonuiſſe ſufficiat, nam per ſingulas ire ſpecies, nimis longum ac ab inſtituto alienum forte.

OBSERV. MXIX.

Nec ſunt domino materiæ contra novum dominum actiones, niſi diruto ædificio -- -- ſunt tamen contra ædificantem) Hæc ſententia ab æquitate evidenter abhorret, cum enim dominus ſoli alterius materiam teneat eaque utatur, quo jure æſtimationis præſtationem detrectabit; animus enim donandi in ædificante, aſſeri non poteſt, minimum ille ſemper non adeſt? Deinde ſi dominꝰ materiæ habet actionem contra ædificantem, quid huic amplius, facta ſolutione, erit faciendum? an habebit regreſſum contra dominum ſoli? ſic ergo in effectu hic ad æſtimationem tenetur, & otioſi ſolum excogitantur circuitus! an nullam habebit actionem? Sic contra æquitatem manifeſtam læditur! Indignum eſt, in quæſtionibus ex æquo & bono decidendis, magis ſectari argutias Romanas, quam æquitatem naturalem!

OBSERV. MXX.

De arbore in confinio) Quod arbor, quæ in vicini fundum radices immittit, alteri vel in totum vel pro parte acquiratur, ceu jure Romano traditur, id neque naturale eſt (nam hoc jure nihil amplius alter conſequitur, quam ut radices, in ſuum extenſas, ſuccidere

vel

vel alimentorum nomine, aliquid petere valeat) neque, ob incertitudinem præsuppositi, locum habere potest, nec adeo alicujus usus est. Jure Saxonico aliàs communio ramorum & frugum in alienum fundum propendentium ex *l. 2.* Landr. *art. 52.* & *Weichbild art. 126.* asseritur, quæ sententia, ob evidentiam rei, magis locum habere potest. Interim ei contradicit *THOMÆ de nox. animal c. 16. n. 9. seqq.* existimans, jure Saxonico nihil amplius vicino concedi, quam ut ramos, velut rem sibi molestam & noxiam, succidere possit, quæ adeo succisio non ex dominio aliquo, sed ex naturali defensionis jure, quo noxia repellimus, profluat. Sed forte sine ratione â communi sententia discedit, nam verba in *d. art. 52.* was deß (Hopffens) aber an der andern seiten bleibt, der ist seines Nachbahren, ergo fruges, etiam adhuc ut pendentes, vicini jam sunt! item in *d. art. 126.* wo auch ein Baum zwischen zweyen reinen steht, und breitet die Zelgen in eines andern Mannes Hoff, der Herr (tam ratione fundi quam ramorum) mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hanget Obs in seinen Hoff, das ist zu recht seyn. quæ dominium tam ramorum quam frugum satis arguunt; Id addo, dissensum illum non valde gravem videri, nam si vicinus solus habet jus succidendi ramos ac decutiendi & legendi fruges, tum hoc â dominio non valde differt.

OBSERV. MXXI.

Vel quasi, quam bona fide possidemus) Acquisitio ex re alienâ possessâ, revera non occurrit, nam m. f. possessor omnia reddere tenetur, bonæ fidei possessor de consumtis quidem non obligatur, sed ita nihil acquirit, verum consumtio, â necessitate restituendi ipsum

& hoc communi ratione intelligi, facile liquet, hinc *donatio mortis causa*, quæ *lit. D. C. Q. S. P. O.* explicatur, juris Gentium censeri debet, nonnullis tamen exceptis, quæ Romanis debentur. Eo referas (1) *modum declarandi lit. Q.* In Saxonia Electorali donatio mortis causa judicialiter debet fieri *vid. CARPZ. p. 3. C. 1. D. 23.* (2.) *quod certæ personæ, usum rationis licet, ac jus transferendum habentes, donare, nequeant lit. S.*

OBSERV. MIV.

Qui habet testamenti factionem lit. C.) Positivè seu affirmative hoc procedit, qui enim facultatem testandi habet, illi facultas donandi negari nequit, nam non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere *l. 21. de R. J.* hinc etiam minoribus & mulieribus merito illa asseritur, nec hoc casu requirendum erit, ut quis liberam rerum suarum administrationem, quoad actus inter vivos, habeat. Negative autem non procedit, nam licet quis facultatem testandi non habeat, attamen donare potest mortis causa, modo liberà rerum administratione gaudeat, ceu exemplo filiifam. patet: Breviter, quia donatio mortis causa, duplicem habet naturam, ultimæ voluntatis & actus inter vivos, hinc alterum sufficit, vel facultas testandi, vel libera rerum administratio, ubi autem utrumque deficit, ut in pupillis, ibi donatio illa fieri nequit.

OBSERV. MV.

Perfecta hac m. c. donatione lit. E.) Ut donatarius, facta donatione, tantū juris consequatur, quantum in illum transferre voluit donator, id dubio procul naturale est, inprimis etiam mero jure naturali jus reale per solum consensum transfertur, quod ita et-

etiam reliquit jus Romanum, ut perperam interpretes hoc respectu, m. c. donationem putent esse modum acquirendi civilem.

Observ. MVI.

Dissolvitur perfecta quoad ordinationem lit. C.) Si perpendas, quod donatio mortis causa, sit species ultimæ voluntatis, exinde utique sequitur, quod donantis pœnitentia possit everti naturaliter, istam tamen interpretationem magis firmat lex civilis. In Saxonia Electorali ex intentione *CONSTIT. r. p. 3.* hæc donatio videtur esse irrevocabilis, quamvis interpretes Saxonici in aliam abeant sententiam. Amplius si is, cujus intuitu donatio facta, præmoriatur, aut eventus, ob quem illa unicè suscepta, deficiat, tum naturaliter quoque donatio evanescit, sed nisi accederet interpretatio legis civilis, res non tam evidens foret.

LIBRI XL. HODIE NULLUS EST USUS.

Observ. MVII.

Quod effatum meritò generaliter admittitur, nam quæ de propriis, similisque conditionis parum lautæ, hominibus dici possunt ea vel mero jure naturali, vel specialibus statutis, pactis aut consuetudinibus nituntur, ut a servis Romanis longius petita argumenta haut sint necessaria, sed eorum usus doctrinam præjudiciis Romanis corruptam arguat.

Tit.

Lib. XL. Tit. I.

DE ACQUIRENDO RERUM DOMINIO.

Observ. MLVIII.

D*ominium hic propriè est jus in re, quo res alicujus est propria*). Dominii essentia non ex eo æstimanda, quod illud ad nos pertineat, nam hoc omnibus juribus seu rebus moralibus, quæ nobis imputantur, commune est, sed ex effectu, quem erga objectum suum habet. Jam si dominium ad aliud jus v. gr. servitutem aut pignus, tanquam ejus objectum, referas, tam nullus apparet effectus, nihil enim aliud habes, quam simplicem servitutem aut pignus, perinde ac si nude his nominibus, mentione dominii omissa, utereris, ex quo manifestum est, quod dominium juris, ex accurata rerum moralium cognitione, asseri nequeat, sed potius nihil aliud sit, quam falsus conceptus ac inane nomen. Quodsi verò dominium ad res corporales referatur, tum effectus, aliquis conspicitur, hinc ad has solas idem pertinere existimandum est. Consistit autem dominii effectus non in eo tantum, quod res *propria* sit, ceu definitio *AUTORIS* præcipit, nam hoc alia etiam jura realia suo modo præstant, sed potissimum in eo, quod ad *plenissimum utendi effectum propria* sit, hinc accurata dominii definitio est: quod sit *jus reale, ob quod ad plenissimum utendi effectum, res corporalis nostra est.* Nec obstat, quod pupilli rebus suis plene uti nequeant, & tamen domini sint, nam utique plene iis uti possunt, verum non suo sed prudentiorum judicio.

Ob-

OBSERV. MIX.

Acquiritur modis naturalibus) Per *modum* intelligitur factum illud, mediante quo dominium consequimur, sæpe tamen in jure Romano strictius accipitur, *tituloque* opponitur. De cætero vel ex lege naturali vel civili efficaciam sortiuntur modi acquirendi, hinc in *naturales* & *Civiles* vulgò distinguuntur, quæ divisio uti in se satis certa est, ita in ejus applicatione sæpissime falluntur Romani, sed cum, vel ipsis fatentibus hæc philosophia sit omnibus hominibus communis, ideo liberam sententiam heic admittere tenentur.

OBSERV. MX.

Hæc dicitur occupatio) Res nullius, accuratè loquendo, sunt, quæ hominibus destinatæ quidem à Deo & natura, sed ab illis nondum assertæ, aut iterum dimissæ sunt. Quoad has igitur ratio humana satis ostendit, quod illi acquiri debeant, qui animum illas habendi primus declaravit, cum verò regulariter de hoc animo aliis non constet, nisi res occupata fuerit, hinc occupatio hactenus tanquam *medium nostram voluntatem aliis indicandi*, ad acquisitionem originariam requiritur. Ex quo sequitur, quod, si animus alio medio aliis innotescat, etiam sine occupatione res acquiri queat, unde plura alia consectaria fluunt, in quibus determinandis sæpius falluntur scriptores, dum occupationem ad acquisitionem originariam absolute necessariam esse, falsò existimant. Inprimis inde sequitur, quod hodie dominium ferarum, etiam ante occupationem, Reipublicæ ac Imperanti recte tribuatur, quod credere non possunt, quos vel falsa occupationis imago decipit, vel etiam

ju-

juris Romani præjudicia vexant *add.* Specimen meum Jur. public. Romano germ. *l. 3. c. 3.* §. 22. 23. Illud etiam observandum, quod regula naturalis: *res nullius cedit occupanti* semper vera sit, at conditio rerum non semper est eadem, hinc regula illa perpetuò applicari nequit. Nonnunquam etiam Romani res quasdam, nullius putarunt, quæ veriori æstimatione alicujus sunt, hinc subsumtio Romana, de rebus illis occupanti concedendis, in Germania sæpe exultat, de quo dixi in Spec. Jur. publ. *d. L. 3. c. 3.*

OBSERV. MXI.

Visus non sufficit) Si duo circa rem acquirendam concurrant, neque visus, neque occupatio naturaliter rem uni asserere potest, sed illa utrique potius est communis, nam uterque jus acquirendi habet, uterque etiam voluntatem acquirendi declarat, ab hac verò acquisitio dependet. Quod vulgo dissentiant ac primum occupantem præferant, id ex eo est, quod occupationis habitum & necessitatem non satis intelligant.

OBSERV. MXII.

De hodierna venatione) In specie Romani in eo errarunt, quod feras bestias in Republica, *nullius* dixerint, cum tamen constitutis civitatibus, dominium originarium illarum, his tribuendum esse, natura Rerumpublicarum evidenter evincat. Hæc sententia constanter observata est in Germania, hinc nemini feras bestias occupare licet, nisi cui civitas & Imperans id concessit, â qua concessione amplius occupationis modus & effectus derivari debet. Hinc juris Romani usus hac in parte non tantum nullus, sed & noxius est, quia jurium contrariorum comixtio do-

ctri-

ctrinam parum cohærentem & solidam gignere solet, de quo amplius dixi in Specim. jur. public. *d.l. 3.c.3.* ut & *in dissertat.* de jur. metallor. *hab. Lips. 1695.* ex quibus etiam cætera occupationis objecta dijudicari possunt.

OBSERV. MXIII.

Hodie tamen quoad hos contrarium observatur) Ambigua est hæc doctrina, quia non satis constat, quam sententiam jure civili quoad Vasallum, emphyteutam & superficiarium, circa acquisitionem thesauri, obtinere putet *AUTOR.* Interim probabile videtur, quod illos emtori ac usufructuario comparet, eosque jure dominii thesaurum non acquirere arbitretur, tum enim sequitur: *quoad hos tamen hodie contrarium observatur*, hoc enim docent Autores citati. Cæterum hæc sententia non tantum hodie, sed etiam ex rationibus juris civilis obtinet, quicquid *AUTOR* aliique dissentiant, nam dominium utile, directo præstat, cum hoc de dominio, nil fere nisi nomen participet.

OBSERV. MXIV.

Quæ dicitur traditio) Dominium legitime acquisitum, naturaliter in alios non transit, nisi interveniente consensu mutuo, & hic solus etiam sufficit, hinc traditio ultro quidem adhiberi, attamen ad transferendum dominium, præcise non debet contrarium nunquam aliquis probaverit. Est ergo traditionis necessitas ex lege civili, quæ bonis rationibus, ad excludendam cavillationem & tergiversationem paciscentium, eam introduxit, quanquam loco ejus aliquando similes actus admittit, quandoque etiam judicialem requirit, *vid. DECIS. SAXON. 61.* Exinde enatum

tum est discrimen *Tituli* & *Modi*, accessere etiam fictiones, quibus cæteri actus, qui loco traditionis admittuntur, traditio esse finguntur, qui totus fictionum apparatus, ut alibi, ita hic etiam est ineptus.

OBSERV. MXV.

Licet erroneo lit. C.) Naturaliter titulus erroneus dominio transferendo non sufficit, nec etiam jure civili indistincte id obtinet. Nam *d.* §. *40. J. de R. D.* non est captandus, traditio transfert dominium, sed cæteris paribus, præsupposito consensu habili, qualis non est erroneus. *d. l. 36. h. t.* & *l. 18. de R. C.* agunt de casu, ubi circa Titulos solum erat erratum, in dominii tamen translationem consensum, de quo pluribus egi Observ. *306.* Interim vulgò eo deveniunt, ut ejus, quod per errorem solutum est, dominium transferri statuant de quo actum Observ. *367.*

OBSERV. MXVI.

Ficte res incorporales lit. O) Res incorporales neque vere neque ficte traduntur, sed omnis traditio pertinet ad res corporales. Si tibi sit promissa servitus, habes jus personale, utaris jure concesso, & alter usum admittat, tum traditur non *servitus*, sed *res serviens*, & hac tradita illa exoritur, perinde sicut se res habet circa dominium. Vulgaris sententia ex eo habet originem, quod res corporales & incorporales eâdem classe censeant, ac illarum prædicata, ad has etiam transferant. Cæterum hæc observatio ad veram rei cognitionem saltem pertinet, in foro nullum usum habet.

OBSERV. MXVII.

Accessio) Sub accessione continetur acquisitio partim *originaria*, quà res, quæ vel nullius unquam fuerunt,

runt, vel alicujus esse desierunt, acquiruntur, quo pertinet accessio naturalis, nempe foetura animalium, alluvio, coalitio terræ adjectæ, nativitas insulæ & alvei destitutio, quæ accessio etiam pro modo acquirendi naturali recte habetur, sed saltem ex certa hypothesi, hæc autem non perpetuo obtinet, nec ea, quam Romani heic supposuerunt, indoli rerumpublicarum, ubique convenit, hinc mirum videri non debet, quare laudata acquisitio in Germania quandoque cesset; partim *derivativa*, qua dominium de persona in personam transfertur.

OBSERV. MXVIII.

Artificialis est) Accessio artificialis seu industrialis, quam vocant, modum acquirendi derivativum exhibet, de cætero non incommode posset dici, *acquisitio fortuita*, quæ præter intentionem dominorum accidat, vel *occasio, ex qua translatio dominii, vel voluntate partium, vel autoritate legis positivæ, sequatur*; Nam ita est, in omnibus hujus accessionis speciebus, positâ solâ rerum conjunctione, naturaliter nulla est translatio & acquisitio dominii, quia dominorum consensus deficit, sed potius rerum conjunctarum communio occurrit, quod contra Romanos recte docuit *GROTIUS de J. B P, l. 2, c. 8.* modo notes, retundendis nonnullorum, qui contradicere ausi sunt, argutiis, per communionem hic non intelligi *propriam*, quæ omnes particulas reddat communes, sed *inpropriam*, qua ob cohærentiam, totum corpus ad plures pertinet, licet unusquisque suæ rei maneat dominus. Asserta igitur contra Romanos communione, eorum tradita ita accipienda sunt, non quod exhibeant acquisitionem naturalem, sed quod instruant judicem,

quomodo communionem solvere, ac uni rem, alteri vero, pro ratione circumstantiarum, interesse adjudicare debeat, quo sensu alicujus usus esse possunt, quamvis negandum non sit, sententias illas sæpe tricis scatere, incertas ac iniquas esse, ut facilius juxta æquitatem, quam normam illam Romanam, communio in plerisque casibus solvi queat. Quæ in genere admonuisse sufficiat, nam per singulas ire species, nimis longum ac ab instituto alienum forte.

OBSERV. MXIX.

Nec sunt domino materiæ contra novum dominum actiones, nisi diruto ædificio -- -- sunt tamen contra ædificantem) Hæc sententia ab æquitate evidenter abhorret, cum enim dominus soli alterius materiam teneat eaque utatur, quo jure æstimationis præstationem detrectabit; animus enim donandi in ædificante, asseri non potest, minimum ille semper non adest? Deinde si dominus materiæ habet actionem contra ædificantem, quid huic amplius, facta solutione, erit faciendum? an habebit regressum contra dominum soli? sic ergo in effectu hic ad æstimationem tenetur, & otiosi solum excogitantur circuitus! an nullam habebit actionem? Sic contra æquitatem manifestam læditur! Indignum est, in quæstionibus ex æquo & bono decidendis, magis sectari argutias Romanas, quam æquitatem naturalem!

OBSERV. MXX.

De arbore in confinio) Quod arbor, quæ in vicini fundum radices immittit, alteri vel in totum vel pro parte acquiratur, ceu jure Romano traditur, id neque naturale est (nam hoc jure nihil amplius alter consequitur, quam ut radices, in suum extensas, succidere

vel

vel alimentorum nomine, aliquid petere valeat) neque, ob incertitudinem præsuppositi, locum habere potest, nec adeo alicujus usus est. Jure Saxonico aliàs communio ramorum & frugum in alienum fundum propendentium ex *l. 2.* Landr. *art. 52.* & *Weichbild art. 126.* asseritur, quæ sententia, ob evidentiam rei, magis locum habere potest. Interim ei contradicit *THOMÆ de nox. animal c. 16. n. 9. seqq.* existimans, jure Saxonico nihil amplius vicino concedi, quam ut ramos, velut rem sibi molestam & noxiam, succidere poslit, quæ adeo succisio non ex dominio aliquo, sed ex naturali defensionis jure, quo noxia repellimus, profluat. Sed forte sine ratione â communi sententia discedit, nam verba in *d. art. 52.* was deß (Hopffens) aber an der andern seiten bleibt / der ist seines Nachbahren, ergo fruges, etiam adhuc ut pendentes, vicini jam sunt! item in *d. art. 126.* wo auch ein Baum zwischen zweyen reinen steht, und breitet die Zelgen in eines andern Mannes Hoff, der Herr (tam ratione fundi quam ramorum) mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hanget Obs in seinen Hoff, das ist zu recht seyn. quæ dominium tam ramorum quam frugum satis arguunt; Id addo, dissensum illum non valde gravem videri, nam si vicinus solus habet jus succidendi ramos ac decutiendi & legendi fruges, tum hoc â dominio non valde differt.

OBSERV. MXXI.

Vel quasi, quam bona fide possidemus) Acquisitio ex re alienâ possessâ, re vera non occurrit, nam m. f. possessor omnia reddere tenetur, bonæ fidei possessor de consumtis quidem non obligatur, sed ita nihil acquirit, verum consumtio, â necessitate restituendi ipsum

saltem liberat, dum sine voluntate alteri damnum intulit, quæ autem adhuc exstant, aut in quo locupletior ille factus, illa omnia restituere debet, de quo actum Observ. *200. seqq.* Quod igitur vulgò perceptio fructuum ex re aliena, inter modos acquirendi referatur, id præjudicium est, cui imprudentia *TRIBONIANI*, rem illam temere, inter acquirendi modos proponentis §. *35. J. de R. D.* ansam dedit, quodque quadam velut traditione in alios derivatum, firmiter nunc hæret.

Tit. II.

DE ACQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Observ. MXXII.

POssessio) Ut accurate possessionis natura intelligatur, ac simul tricæ inutiles, quæ intercurrere solent, evitari queant, videtur (1) præsupponendũ, quod illa in *exercitio actuum nonnullorum* consistat, illi autem actus vel *certum ac definitum objectum respiciunt*, ut si quis domum, equum &c. teneat, in eoque objecto se ut dominum gerat, vel *ad objectum non adeo determinatum & liquidum pertinent*, ut si quis servitia exigat aut deneget, actus juris Patronatus, jurisdictionis similesve exerceat. Prior species magis liquida ac intellectu facilior est, ob objecti evidentiam; Non minus tamen posterior, vera quoque possessio est, iisdemque partibus constat, licet, ob objectum diffusum, generale ac quodammodo indeterminatum, conceptu sit difficilior. Deinde (2.) *animus exercentis* attendi debet, si enim quis nomine alieno, vel ex ju-

re

re mox ex spiraturo, actus illos tam in objecto speciali quam generali exerceat, tum adest possessio improprie sic dicta, quæ *detentionis* nomine venit, quamvis hoc nomen potissimum ad objectum speciale respicere videatur, si verò quis suo nomine, tum exoritur *possessio propriè dicta*, & nihil refert, sive quis intuitu objecti specialis, sive generalis animum illum declaret, nam non minus verè possidet, qui actus jurisdictionis aut juris Patronatus similesve suscipit, quam qui se ut dominum gerit. Denique observandum (3) quod *exercitium actuum illorum aliquando jus verum* v. gr. dominium, servitutem aut jus patronatus, *præsupponat, aliquando sine eo instituatur*, illo casu juris legitime quæsiti est effectus & indicium, hoc verò, ejus acquirendi occasio Ex his adeo hæc sequetur Possessionis definitio: *Est exercitium actuum nonnullorum, ex jure vel vero vel prætenso, in objecto speciali aut generali, institutum, jus aliquod vel præsupponens ac indicans, vel ejus acquirendi occasionem præstans.* Ex quo etiam definitiones *AUTORIS*, qui possessionem, intuitu objecti specialis, videtur considerasse, suppleri possunt.

OBSERV. MXXIII.

Facti est quoad acquisitionem) Doctrina hæc vulgaris parum solida est, & si rigidius urgeas, vero aliquis sensus inde fortassis elici non potest. Sic potius dicendum: Possessio in se spectata, merum factum est, perinde sicut contractus, quamvis illa utplurimum unius saltem voluntatem, hic duorum pluriumve, involvat, quod ad rem non pertinet. Sed sicut possessio verum jus v. gr. dominium, præsupponit, aut ejus acquirendi occasionem præbet, ita ex ipsâ etiam

peculiare jus resultat, vel saltem ad tempus præsumitur, quod *jus possessionis* dicitur, ac recte pro *reali* habetur, de quo explicatius supra Observ. 32. egi.

OBSERV. MXXIV.

Est ratione objecti proprie dicta) Hæc divisio falsa est ac ex illiquida tum possessionis, tum rerum incorporalium cognitione resultat. Omnis quidem possessio ex jure aliquo venit, aut ad illud acquirendum tendit ejusque gratia suscipitur, hinc si velis dicere, aliquem esse in possessione dominii, servitutis, jurisdictionis & ita porro, ego quidem non refragabor, modo memineris, quod hæc possessio, tanquam peculiaris species, possessioni rerum corporalium nequeat opponi, cum potiꝰ quævis possessio rem corporalem pro objecto habeat, ea saltem diversitate intercedente, quod illud aliquando sit speciale, ac in oculos velut incurrat, aliquando generale, quod conceptu difficilius est & errandi causam vulgo præbuit. Circa dominium, possides rem *propriam*, circa servitutem, *rem servientem*, quoad jurisdictionem, jus Patronatus similiaque jura, *districtum illum*, in quo illa exercentur. Sed hæc ad doctrinæ soliditatem saltem pertinent, non usum forensem, ceu aliquoties dictum!

OBSERV. MXXV.

Ratione qualitatis, bonæ fidei) Hæc divisio specialis est, pertinetque solum ad casum rei alienæ, invito domino detentæ, tum enim quis, pro ratione ignorantiæ aut scientiæ, bonæ aut malæ fidei possessor audit. Si quis vero, domino consentiente, rem teneat, ut usufructuarius ac creditor, is neque bonæ, quia scit rem alienam, neque malæ fidei possessor dici potest, quia invito domino eam non tenet.

OB-

OBSERV. MXXVI.

Est vel juxta) Hæc divisio tertia, cum quartâ debet conjungi, nam possessio justa est, quæ præsupponit titulum *n. 3.* hic autem multiplex est *n. 4.* hinc possessio etiam inde denominatur. Interim ista diversitas possessioni est indifferens, modo tituli diversi in se, sint ejusdem efficaciæ.

OBSERV. MXXVII.

Naturali in significatione lata) Distinctio possessionis in naturalem & civilem, non male adhibetur notando discrimini *detentionis* & *possessionis*, aut, quoad hanc *diversi modi*, quo vel corpore & animo simul, vel hoc solo possidere censemur, ast quatenus etiam adhibetur significandæ possessionis *formæ*, seu *juri*, *ob quod possidemus*, eatenus vitilitigia aut logomachias parere solet, dum in suppositione terminorum non adeo consentiunt, hinc quem quis naturaliter possidere ait, illum alius civiliter possidere contendit, satius igitur fortassis esset, distinctionem illam hoc sensu plane omittere, quod si tamen quis eam retinendam existimet, tum vel verborum sensus recte erit definiendus, vel manente ambiguitate, cogitandum, quod tantum logomachia heic subsit. Sic v. gr. superficiarius possidet, habetque possessio effectum, possidentis intentioni conformem, sed quid interest, sive possessionem illam, cum *AUTORE naturalem*, sive cum aliis, *civilem* dicas?

OBSERV. MXXVIII.

Vera etiam oculis lit. C.) Quæ de ratione acquirendi, personis & materia dicuntur *lit. C. S. O.* illa ex definitione possessionis antea data, nec non ex Observ. *1024.* intelligi vel emendari possunt. Quod in specie

possessionem veram, in acquisitione derivativa, non originaria, etiam oculis acquiri posse doceat *AUTOR*, ejus ratio est, quod re alicui semel acquisita, alii jam sint ab ea exclusi, hinc in eo, in quem illa est transferenda, visus quoque sufficit, ast si de novo eadem sit acquirenda, tum alii per visum solum excludi nequeunt, sed factum occupationis requiritur. Est tamen doctrina *AUTORIS* particularis, pertinetque ad casum, ubi volente domino res in alium transfertur, nam si quis servitutem aut dominium utile in re alterius acquirere velit, tum non aliter quam per factum susceptum in possessione & præscribendi conditione constituitur.

OBSERV. MXXIX.

Sint vacua ab alia ejus generis possessione lit. O.) Ad fidem v. gr. venditionis implendam hoc requiritur, quemadmodum etiam ad acquirendam possessionem quietam illud necessarium est, sed si de qualicunque possessione quæstio sit, id præcise haut exigitur, nam licet quis animo domini v. gr. Sylvam possideat, alius tamen eodem animo actus possessorios exercere, atque ita possessionem, sed qualem & controversam, acquirere potest.

OBSERV. MXXX.

Ex jure possessionis dantur) Pro effectu possessionis recte habetur jus reale *n. 1.* hoc enim nunc admitto & jam supra Observ. *32.* pluribus firmavi, ac ad dubia, quæ aliàs insolubilia putàvi, respondi. Porro eo recte refertur effectus, de quo *n. 2. 3. 5. 6.* agitur, quamvis circa ultimum notandum, quod possessio non tribuat domicilium, ceu *AUTOR* loquitur, sed saltem forum quoad actiones reales, si autem forum generale ali-

aliquando locum habeat *vid.* Observ. 156. tum illud non tantum â possessione, sed & præcipue à jure, ob quod posſidemus, dominio ſcilicet, ſimilique jure conſtanti, repetendum eſt. Ulterius ad effectus posſeſſionis pertinet acquiſitio juris realis, dominii nempe vel ſervitutis, denique etiam uſucapio, licet hæc etiam, ſine poſſeſſione, ex legis civilis præſcripto, quandoque currat, mortuo ſcilicet poſſeſſore & jacente hæreditate. Effectus autem, de quo *n.* 5. immunitas ſcilicet a ſatisdatione, non tam â poſſeſſione, quam proprietate potius, ob quam rem tenemus, oritur.

Observ. MXXXI.

Turbatio) Turbatio & dejectio quoad effectum moralem, mea quidem ſententia, non differunt, hinc ſive te turbatum, ſive dejectum putes, res eodem recidit, nam poſſeſſio, quam antea habuiſti, utique potentior eſt ea, quam alter per vim acquiſivit, hinc quiæte poſſesſioni reſtituendus es, ſive autem interdicto recuperandæ, ſive retinendæ id fieri exiſtimes, quid intereſt? Interim turbatio fere obtinet quoad objectum generale, quodque accurate cuſtodiri non poteſt, ſed dejectio ad objecta ſpecialia ac arctæ cuſtodiæ obnoxia pertinet. An vero quoad effectum interrumpendæ præſcriptionis, aliquid inter dejectionem & turbationem interſit, adeo ut per illam præſcriptio interrumpatur, per hanc non, alii viderint, mihi interim diſcrimen aliquod nimis ſubtile vel etiam cavillatorium ac iniquum videtur, hinc utrique actui eundem effectum vel tribuendum vel negandum eſſe exiſtimo.

tum est discrimen *Tituli* & *Modi*, accessere etiam fictiones, quibus cæteri actus, qui loco traditionis admittuntur, traditio esse finguntur, qui totus fictionum apparatus, ut alibi, ita hic etiam est ineptus.

OBSERV. MXV.

Licet erroneo lit. C.) Naturaliter titulus erroneus dominio transferendo non sufficit, nec etiam jure civili indistincte id obtinet. Nam *d. §. 40. J. de R. D.* non est captandus, traditio transfert dominium, sed cæteris paribus, præsupposito consensu habili, qualis non est erroneus. *d. l. 36. h. t.* & *l. 18. de R. C.* agunt de casu, ubi circa Titulos solum erat erratum, in dominii tamen translationem consensum, de quo pluribus egi Observ. *306.* Interim vulgò eo deveniunt, ut ejus, quod per errorem solutum est, dominium transferri statuant de quo actum Observ. *367.*

OBSERV. MXVI.

Ficte res incorporales lit. O) Res incorporales neque vere neque ficte traduntur, sed omnis traditio pertinet ad res corporales. Si tibi sit promissa servitus, habes jus personale, utaris jure concesso, & alter usum admittat, tum traditur non *servitus*, sed *res serviens*, & hac tradita illa exoritur, perinde sicut se res habet circa dominium. Vulgaris sententia ex eo habet originem, quod res corporales & incorporales eâdem classe censeant, ac illarum prædicata, ad has etiam transferant. Cæterum hæc observatio ad veram rei cognitionem saltem pertinet, in foro nullum usum habet.

OBSERV. MXVII.

Accessio) Sub accessione continetur acquisitio partim *originaria*, quà res, quæ vel nullius unquam fuerunt

runt, vel alicujus esse desierunt, acquiruntur, quo pertinet accessio naturalis, nempe foetura animalium, alluvio, coalitio terræ adjectæ, nativitas insulæ & alvei destitutio, quæ accessio etiam pro modo acquirendi naturali recte habetur, sed saltem ex certa hypothesi, hæc autem non perpetuo obtinet, nec ea, quam Romani heic supposuerunt, indoli rerumpublicarum, ubique convenit, hinc mirum videri non debet, quare laudata acquisitio in Germania quandoque cesset; partim *derivativa*, qua dominium de persona in personam transfertur.

OBSERV. MXVIII.

Artificialis est) Accessio artificialis seu industrialis, quam vocant, modum acquirendi derivativum exhibet, de cætero non incommode posset dici, *acquisitio fortuita*, quæ præter intentionem dominorum accidat, vel *occasio, ex qua translatio dominii, vel voluntate partium, vel autoritate legis positivæ, sequatur*; Nam ita est, in omnibus hujus accessionis speciebus, positâ solâ rerum conjunctione, naturaliter nulla est translatio & acquisitio dominii, quia dominorum consensus deficit, sed potius rerum conjunctarum communio occurrit, quod contra Romanos recte docuit *GROTIUS de J. B P, l. 2, c. 8.* modo notes, retundendis nonnullorum, qui contradicere ausi sunt, argutiis, per communionem hic non intelligi *propriam*, quæ omnes particulas reddat communes, sed *inpropriam*, qua ob cohærentiam, totum corpus ad plures pertinet, licet unusquisque suæ rei maneat dominus. Asserta igitur contra Romanos communione, eorum tradita ita accipienda sunt, non quod exhibeant acquisitionem naturalem, sed quod instruant judicem,

quomodo communionem ſolvere, ac uni rem, alteri vero, pro ratione circumſtantiarum, intereſſe adjudicare debeat, quo ſenſu alicujus uſus eſſe poſſunt, quamvis negandum non ſit, ſententias illas ſæpe tricis ſcatere, incertas ac iniquas eſſe, ut facili9 juxta æquitatem, quam normam illam Romanam, communio in pleriſque caſibus ſolvi queat. Quæ in genere admonuiſſe ſufficiat, nam per ſingulas ire ſpecies, nimis longum ac ab inſtituto alienum forte.

OBSERV. MXIX.

Nec ſunt domino materiæ contra novum dominum actiones, niſi diruto ædificio - - - ſunt tamen contra ædificantem) Hæc ſententia ab æquitate evidenter abhorret, cum enim dominus ſoli alterius materiam teneat eaque utatur, quo jure æſtimationis præſtationem detrectabit, animus enim donandi in ædificante, aſſeri non poteſt, minimum ille ſemper non adeſt? Deinde ſi domin9 materiæ habet actionem contra ædificantem, quid huic amplius, facta ſolutione, erit faciendum? an habebit regreſſum contra dominum ſoli? ſic ergo in effectu hic ad æſtimationem tenetur, & otioſi ſolum excogitantur circuitus! an nullam habebit actionem? Sic contra æquitatem manifeſtam læditur! Indignum eſt, in quæſtionibus ex æquo & bono decidendis, magis ſectari argutias Romanas, quam æquitatem naturalem!

OBSERV. MXX.

De arbore in confinio) Quod arbor, quæ in vicini fundum radices immittit, alteri vel in totum vel pro parte acquiratur, ceu jure Romano traditur, id neque naturale eſt (nam hoc jure nihil amplius alter conſequitur, quam ut radices, in ſuum extenſas, ſuccidere vel

vel alimentorum nomine, aliquid petere valeat) neque, ob incertitudinem præsuppositi, locum habere potest, nec adeo alicujus usus est. Jure Saxonico aliàs communio ramorum & frugum in alienum fundum propendentium ex *l.* 2. Landr. *art.* 52. & *Weichbild art.* 126. asseritur, quæ sententia, ob evidentiam rei, magis locum habere potest. Interim ei contradicit *THOMÆ denox. animal c.* 16. *n.* 9. *seqq.* existimans, jure Saxonico nihil amplius vicino concedi, quam ut ramos, velut rem sibi molestam & noxiam, succidere posit, quæ adeo succisio non ex dominio aliquo, sed ex naturali defensionis jure, quo noxia repellimus, profluat. Sed forte sine ratione â communi sententia discedit, nam verba in *d. art.* 52. was deß (Hopffens) aber an der andern seiten bleibt / der ist seines Nachbahren, ergo fruges, etiam adhuc ut pendentes, vicini jam sunt! item in *d. art.* 126. wo auch ein Baum zwischen zweyen reinen steht, und breitet die Zelgen in eines andern Mannes Hoff, der Herr (tam ratione fundi quam ramorum) mag ihn wohl verhauen, ob er will, und hanget Obs in seinen Hoff, das ist zu recht seyn. quæ dominium tam ramorum quam frugum satis arguunt; Id addo, dissensum illum non valde gravem videri, nam si vicinus solus habet jus succidendi ramos ac decutiendi & legendi fruges, tum hoc â dominio non valde differt.

OBSERV. MXXI.

Vel quasi, quam bona fide possidemus) Acquisitio ex re alienâ possessâ, revera non occurrit, nam m. f. possessor omnia reddere tenetur, bonæ fidei possessor de consumtis quidem non obligatur, sed ita nihil acquirit, verum consumtio, â necessitate restituendi ipsum

saltem liberat, dum sine voluntate alteri damnum intulit, quæ autem adhuc exstant, aut in quo locupletior ille factus, illa omnia restituere debet, de quo actum Observ. *200. seqq.* Quod igitur vulgò perceptio fructuum ex re aliena, inter modos acquirendi referatur, id præjudicium est, cui imprudentia *TRIBONIANI*, rem illam temere, inter acquirendi modos proponentis §. *35. J. de R. D.* ansam dedit, quodque quadam velut traditione in alios derivatum, firmiter nunc hæret.

Tit. II.

DE ACQUIRENDA VEL AMITTENDA POSSESSIONE.

Observ. MXXII.

P*Ossessio*) Ut accurate possessionis natura intelligatur, ac simul tricæ inutiles, quæ intercurrere solent, evitari queant, videtur (1) præsupponendũ, quod illa in *exercitio actuum nonnullorum* consistat, illi autem actus vel *certum ac definitum objectum respiciunt*, ut si quis domum, equum &c. teneat, in eoque objecto se ut dominum gerat, vel *ad objectum non adeo determinatum & liquidum pertinent*, ut si quis servitia exigat aut deneget, actus juris Patronatus, jurisdictionis similesve exerceat. Prior species magis liquida ac intellectu facilior est, ob objecti evidentiam; Non minus tamen posterior, vera quoque possessio est, iisdemque partibus constat, licet, ob objectum diffusum, generale ac quodammodo indeterminatum, conceptu sit difficilior. Deinde (2.) *animus exercentis* attendi debet, si enim quis nomine alieno, vel ex jure

re mox ex spiraturo, actus illos tam in objecto speciali quam generali exerceat, tum adest possessio improprie sic dicta, quæ *detentionis* nomine venit, quamvis hoc nomen potissimum ad objectum speciale respicere videatur, si verò quis suo nomine, tum exoritur *possessio propriè dicta*, & nihil refert, sive quis intuitu objecti specialis, sive generalis animum illum declaret, nam non minus verè possidet, qui actus jurisdictionis aut juris Patronatus similesve suscipit, quam qui se ut dominum gerit. Denique observandum (3) quod *exercitium actuum illorum aliquando jus verum* v. gr. dominium, servitutem aut jus patronatus, *præsupponat, aliquando sine eo instituatur*, illo casu juris legitime quæsiti est effectus & indicium, hoc verò, ejus acquirendi occasio Ex his adeo hæc sequetur Possessionis definitio: *Est exercitium actuum nonnullorum, ex jure vel vero vel prætenso, in objecto speciali aut generali, institutum, jus aliquod vel præsupponens ac indicans, vel ejus acquirendi occasionem præstans.* Ex quo etiam definitiones AUTORIS, qui possessionem, intuitu objecti specialis, videtur considerasse, suppleri possunt.

OBSERV. MXXIII.

Facti est quoad acquisitionem) Doctrina hæc vulgaris parum solida est, & si rigidius urgeas, vero aliquis sensus inde fortassis elici non potest. Sic potius dicendum: Possessio in se spectata, merum factum est, perinde sicut contractus, quamvis illa ut plurimum unius saltem voluntatem, hic duorum pluriumve, involvat, quod ad rem non pertinet. Sed sicut possessio verum jus v. gr. dominium, præsupponit, aut ejus acquirendi occasionem præbet, ita ex ipsâ etiam

OBSERV. MXXVI.

Est vel juxta) Hæc divisio tertia, cum quartâ debet conjungi, nam possessio justa est, quæ præsupponit titulum *n. 3.* hic autem multiplex est *n. 4.* hinc possessio etiam inde denominatur. Interim ista diversitas possessioni est indifferens, modo tituli diversi in se, sint ejusdem efficaciæ.

OBSERV. MXXVII.

Naturali in significatione lata) Distinctio possessionis in naturalem & civilem, non male adhibetur notando discrimini *detentionis* & *possessionis*, aut, quoad hanc *diversi modi*, quo vel corpore & animo simul, vel hoc solò possidere censemur, ast quatenus etiam adhibetur significandæ possessionis *formæ*, seu *juri*, *ob quod possidemus*, eatenus vitilitigia aut logomachias parere solet, dum in suppositione terminorum non adeo consentiunt, hinc quem quis naturaliter possidere ait, illum alius civiliter possidere contendit, satius igitur fortassis esset, distinctionem illam hoc sensu plane omittere, quod si tamen quis eam retinendam existimet, tum vel verborum sensus recte erit definiendus, vel manente ambiguitate, cogitandum, quod tantum logomachia heic subsit. Sic v. gr. superficiarius possidet, habetque possessio effectum, possidentis intentioni conformem, sed quid interest, sive possessionem illam, cum *AUTORE naturalem*, sive cum aliis, *civilem* dicas?

OBSERV. MXXVIII.

Vera etiam oculis lit. C.) Quæ de ratione acquirendi, personis & materia dicuntur *lit. C. S. O.* illa ex definitione possessionis antea data, nec non ex Observ. *1024.* intelligi vel emendari possunt. Quod in specie

possessionem veram, in acquisitione derivativa, non originaria, etiam oculis acquiri posse doceat *AUTOR*, ejus ratio est, quod re alicui semel acquisita, alii jam sint ab ea exclusi, hinc in eo, in quem illa est transferenda, visus quoque sufficit, ast si de novo eadem sit acquirenda, tum alii per visum solum excludi nequeunt, sed factum occupationis requiritur. Est tamen doctrina *AUTORIS* particularis, pertinetque ad casum, ubi volente domino res in alium transfertur, nam si quis servitutem aut dominium utile in re alterius acquirere velit, tum non aliter quam per factum susceptum in possessione & præscribendi conditione constituitur.

OBSERV. MXXIX.

Sint vacua ab alia ejus generis possessione lit. O.) Ad fidem v. gr. venditionis implendam hoc requiritur, quemadmodum etiam ad acquirendam possessionem quietam illud necessarium est, sed si de qualicunque possessione quæstio sit, id præcise haut exigitur, nam licet quis animo domini v. gr. Sylvam possideat, alius tamen eodem animo actus possessorios exercere, atque ita possessionem, sed qualem & controversam, acquirere potest.

OBSERV. MXXX.

Ex jure possessionis dantur) Pro effectu possessionis recte habetur jus reale *n. 1.* hoc enim nunc admitto & jam supra Observ. *32.* pluribus firmavi, ac ad dubia, quæ aliàs insolubilia putávi, respondi. Porro eo recte refertur effectus, de quo *n. 2. 3. 5. 6.* agitur, quamvis circa ultimum notandum, quod possessio non tribuat domicilium, ceu *AUTOR* loquitur, sed saltem forum quoad actiones reales, si autem forum generale ali-

aliquando locum habeat *vid.* Observ. 156. tum illud non tantum â possessione, sed & præcipue â jure, ob quod possidemus, dominio scilicet, similique jure constanti, repetendum est. Ulterius ad effectus possessionis pertinet acquisitio juris realis, dominii nempe vel servitutis, denique etiam usucapio, licet hæc etiam, sine possessione, ex legis civilis præscripto, quandoque currat, mortuo scilicet possessore & jacente hæreditate. Effectus autem, de quo *n.* 5. immunitas scilicet a satisdatione, non tam â possessione, quam proprietate potius, ob quam rem tenemus, oritur.

Observ. MXXXI.

Turbatio) Turbatio & dejectio quoad effectum moralem, mea quidem sententia, non differunt, hinc sive te turbatum, sive dejectum putes, res eodem recidit, nam possessio, quam antea habuisti, utique potentior est ea, quam alter per vim acquisivit, hinc quiæte possessioni restituendus es, sive autem interdicto recuperandæ, sive retinendæ id fieri existimes, quid interest? Interim turbatio fere obtinet quoad objectum generale, quodque accurate custodiri non potest, sed dejectio ad objecta specialia ac arctæ custodiæ obnoxia pertinet. An vero quoad effectum interrumpendæ præscriptionis, aliquid inter dejectionem & turbationem intersit, adeo ut per illam præscriptio interrumpatur, per hanc non, alii viderint, mihi interim discrimen aliquod nimis subtile vel etiam cavillatorium ac iniquum videtur, hinc utrique actui eundem effectum vel tribuendum vel negandum esse existimo.

Tit. III.

DE USURPATIONIBUS ET USUCAPIONIBUS.

Observ. MXXXII.

OLim *differebant præscriptio & usucapio*) Quæ de differentia & exæquatione præscriptionis & Usucapionis dicuntur, sunt intelligenda de præscriptione speciatim accepta, quatenus ad dominium pertinet, nam si illa in genere accipiatur, quatenus omnis generis jura, realia & personalia, ex delictis & contractibus descendentia, afficit, tum hodie quoque ab Usucapione, quæ ad solum dominium spectat, velut genus à sua specie, differt.

Observ. MXXXIII.

Usucapio est) Sæpe in societate civili, occasione & comerciis sic ferentibus, quis alterius jura, sine hujus speciali, consensu, in se transferri, aut saltem extingui optat eoque, fine aliquid *agit*, cui actui lex positiva efficaciam largiri solet, hinc exoritur *Præscriptio*. Hæc in jurisprudentia, à falsis præjudiciis libertatâ, ita considerandа est, ut maturè ejus indoles in genere explicetur, ac postea eadem, circa singula jura præscriptibilia, cum suis requisitis, specialius expendatur nam ita & vero ordine & solidè res proponi potest; dum generalia præcedunt, ac requisita, quæ non ubique eadem sunt aut esse possunt, intuitu objectorum suorum rite discernuntur. Delibabimus nonnulla ex tractatione generali. *Præscriptio est actus, variis requisitis, inprimis temporis dinturnitate constans, quo, ob dispositionem legis civilis, jura sine speciali ejus, cui competunt, consensu, in alium transeunt aut extinguuntur.*

Non

Non est quidem illa, quatenus à certo tempore vim suam sortitur, *ex jure naturali*, sed nec *huic repugnat*, quod utrumque jam supponitur. *Finis* autem introductæ Præscriptionis est, *quo lites aliquando in foro civili cessent*. Ex quo sequitur, *jura præscriptionum*, quantum fieri potest, *maximè perspicua esse debere*, ne aliàs novis iisque intricationibus litigiis ansam præbeant, hoc autem â legibus Romanis haut esse observatum, facile liquet, dum in determinandis præscriptionis requisitis, nimis scrupulosæ ac variæ sunt, hinc vulgo etiam intricatissimis materiis præscriptionis tractatio accensetur, hoc vero, cum regulis utilitatis & prudentiæ non convenire, manifestum est, licet alii leges Romanas valde laudare soleant, *vid. HEIG. p. 1. qu. 16. n. 7.*

2. *Varietatem* Præscriptionis quod attinet, solet illa vulgo in præscriptionem *rerum corporalium, jurium & actionum* distingui, quod *AUTOR* non obscure quoquo innuit, dum præscriptionis *actionum* lit. D. & *jurium* lit. C. meminit. Verùm illa divisio superficiariam hujus rei cognitionem redolet, dum subordinata opponit, & res connexas distrahit, nam tria illa, scilicet *res corporalis, jus* & *actio*, arcte cohærent, nec possunt aut debent divelli, hinc quævis præscriptio, diverso saltem respectu, rem corporalem, jus & actionem afficit. Hoc uti ex inductione omnium exemplorum facile constat, ita duobus saltem, rei huic fidem faciemus. Fac me possidere rem tuam animo domini, successu temporis acquiro *rem*, *dominium* & *rei vindicationem*, tibi verò illa omnia pereunt; Aut me tibi debere centum, quæ intra statutum tempus non exigis, tum igitur per præscriptionem *jus* & *actio*

tua

tua tollitur, & *centum* quæ debebam alterius conditionis esse incipiunt, antea erant tibi debita, nunc pleno jure mea.

3. Rectius igitur varietas præscriptionis sic explicatur. Poterit illa præcipue tripliciter considerari, (1) ratione *objecti*, tum est vel *jurium & actionum realium* vel *personalium*, quæ varia objecta iterum habent, res proprias, servientes, debitas, damna vel pœnas, easque vel civiles, vel criminales, quæ omnia adeo præscriptioni quoque subjacent. (2.) *temporis*, intra quod completur, quo respectu, variæ species, in jure præsertim Romano, occurrunt, datur enim præscriptio aliquot dierum, mensiû, annalis, biennii, triennii, quadriennii, quinquennii, decennii, vicennii, tricennalis, quadragenaria, quinquagenaria, immemorialis, centenaria (3.) *modi*, quo illa peragitur, ubi observandum, quod summatim tria agere queamus, vel enim jus aliquod, quod penes alterum formaliter est, in nos transferri, vel ex jure alterius, aliquam particulam, sub novo nomine & forma, nobis attribui, vel â jure, quod alter in re nostra habet, liberari cupimus, hinc triplex est Præscriptio, *Translativa*, quæ jura formaliter existentia, sub eadem forma in alium transfert, exemplum est in dominio, quod mediante contractu similive actu, cum tertio celebrato, acquirimus: *Constitutiva*, quæ jura virtualiter saltem penes alium existentia, sub nova forma alii largitur, exemplum est in dominio utili & servitutibus, quæ contra dominum verum, hac præscriptione acquiruntur; *Extinctiva* s. *Privativa*, quæ jura nobis molesta extinguit, exemplum est in servitutibus, quas quis in rebus nostris acquisivit & quæ præscriptione iterum tolluntur, nec

non

non in juribus personalibus, quorum vi, varia â nobis exigi poterant, quæ divisio suboluit *JCTO in l.4. §. fin. h. t.* Non est autem, quod quis hic argutetur, omnem scilicet præscriptionem diverso respectu constituere & tollere, adeoque translativam, constitutivam & privativam simul esse, nam utut hoc ita sit, attamen ob casuum, requisitorumque varietatem, nec non intuitu juris, de quo præscribendo quæritur, rectè illæ denominationes separantur, atque â potiori respectu, aliqua præscriptio, nunc hoc, nunc illo nomine insignitur.

4. Quæ autem Præscriptionis sint requisita, id una tractatione ostendi commodè non potest, sed potius illa ex objectis specialibus, seu indole jurium præscribendorum æstimari debent, neque enim quodvis jus, quævis requisita admittit. Quodsi tamen in genere quid dicendum sit, tum requisita juxta tres species generales, translativam scilicet, constitutivam & extinctivam præscriptionem, statui possunt, ex objectis specialibus amplius deinceps illustranda & confirmanda. Sed vulgo in recensendis requisitis ad dominium respicere, ac deinceps illa, ad alia quoque jura, reclamante licet sæpe horum naturâ, applicare solent, quam docenti rationem etiam *AUTOR* sequitur, nam præcipue quidem ad dominium respicit, nonnunquam tamen ad alia etiam jura delabitur. Multum autem incomodi, confusam illam docendi rationem parere, accedente inprimis falsa, de distincta rerum corporaliũ, jurium & actionum præscriptione, persuasione, per se patet. Quod si insuper consideres juris Romani incertitudinem, ejusq; cum jure Germanico collisionem, falsasque de jurium horum

va-

valore & autoritate hypotheses, quas interpretes favore solent, tum facilè intelliges, quantum incertitudinis, confusionis, falsarum opinionum, ac materiæ, instruendis, fovendis augendisque litibus idoneæ, heic subsit, & quandum adeo, in hac legislationis & doctrinæ parte, desiderare licet.

OBSERV. MXXXIV.

Adjectio dominii) Ut jam diximus, doctrina *AUTORIS* præcipue pertinet ad dominium, quod etiam ex definitione allata liquet, aliquando tamen generalis illa evadit. Circa dominium duo casus sunt separandi, vel enim (1.) *verus dominus rem suam alii concedit, sed titulo inhabili, vel saltem patitur, ut alius eam teneat*, hoc casu præscriptio constitutiva, positis requisitis, præcipue obtinet, ac quoad emphyteusin, superficiem, & feudum occurrit, similisque est præscriptioni servitutum, nec ad eam indistinctè quadrant requisita, quæ hic referuntur, nam *titulus* non occurrit, aut si afferatur, alio plane sensu sumitur, deficit *traditio* ex titulo habili facta, imo nec *bona fides* hoc casu, jure civili videtur necessaria. Vel (2.) *res præscribenda, sine voluntate domini, à tertio in aliquem transfertur*, ad hunc casum *AUTOR* præcipue respexit, & eo pertinent vulgaria illa quinque requisita, hic etiam, modo licet paululum immutato, pertractata; *bona fides, justus titulus, traditio, res non vitiosa* & *possessionis continuatio*, ut vel ex hoc dominii exemplo liqueat, quantopere confusa tractatio solidæ cognitioni obstet.

OBSERV. MXXXV.

Obst. l. 15. §. 16. junct. l. 44. §. 1. de damn. infect.) Ut quis rem propriam usucapiat, id natura rei non per-

permittit,nec obſunt verba *d. l. 15. §. 16. non prius incipere per longum tempus dominium capere, quam ſecundo decreto à Pratore* dominus *conſtituatur*, nam non de *rei veritate*, ſed de *opinione Prætoris* ac *Misſi*, illa ſunt accipienda. Nimirum miſſio ex ſecundo decreto, ſemper fit ea intentione, ut miſſus dominium conſequator, hinc ex opinione Prætoris Miſſus, dominus eſt, quodſi contumax poſſeſſor dominium hebuerit,tum opinioni veritas reſpondet,& nulla præſcriptione opus eſt, ſi autem præter intentionem Prætoris & Miſſi, dominus haut fuerit, tum Miſſus ſaltem conſtituitur in conditione uſu capiendi.

OBSERV. MXXXVI.

Res meræ facultatis) Hæc ſunt jura, quæ *res* & *actiones proprias* reſpiciunt, ut *dominium* & *libertas*. Hæc autem jura in ſe omninò præſcriptibilia ſunt,ſed non aliter præſcribuntur,quam ſi alius eo nomine poſſeſſionem acquiſierit quamdiu adeo hæc deficit,tamdiu jura illa, *res meræ facultatis* audiunt. Poſſesſio autem, *ſolo domini non uſu*, non inducitur, nam cum regulariter nemo attendat, quomodo dominus ſua re uti, aut actiones indifferentes exercere velit, ideo ſolus ejus non uſus, alium in poſſesſione non conſtituit, hinc licet v. gr. agrum diu ſub hoc nomine poſſederis, cum tamen in hortũ convertere quovis tempore licebit,aut licet longo ſatis tempore,certò in loco habitaveris,habitationem tamen mutare poteris. Ad inducendam igitur poſſesſionem, requiritur ut alter factum poſſeſſorium exerceat, id quod fit quoad *actiones*, ſola prohibitione & alterius acquieſcentia, quoad *res* vero, ſi vel tertius rem alterius in ſuam omninò recipiat poſſesſionem (qui caſus adeo notus eſt,

eſt, ut ejus intuitu fere unice, præſcriptionem cum ſuis requiſitis conſiderent vulgo) vel domino inhibeat, ne v. gr. altius tollat, cereviſiam coquat &c. ac dominus prohibitioni acquieſcat, quo facto, præſcriptio procedit. Aliter ſe res habet in juribus, quæ *res & actiones aliorum* reſpiciunt, nam niſi hæc is, cui competunt, exerceat, vel uſu proprio, vel interdictione alteri facta, tum ille qui debebat aliquid, ſtatim in poſſesſione libertatis conſtituitur, cum enim ex communi affectu, homines ab onere aliquo liberari cupiant, ideo oportebat illum, cui aliquod jus in re aliena competit, id exercere, cum ſciret alterum ſemper habere affectum recuperandæ libertatis adeoque per illum conſtitui in poſſesſione, niſi perpetuo urgeatur, hinc eſt, quod jura perſonalia & ſervitutes affirmativæ ſolo non uſu pereant, negativæ vero ſervitutes facto contrario, à domino prædii ſervientis ſuſcepto, tollantur. Non igitur differunt res meræ facultatis & reliqua jura in eo, quod illæ non ſint præſcriptibiles, hæc præſcriptibilia, nec in eo, quod poſſeſſio aliquo caſu non ſit neceſſaria, ſed in eo potius, quod aliter poſſeſſio inducatur quoad illas, aliter quoad hæc, ut ex dictis conſtat.

OBSERV. MXXXVII.

Non etiam ſi rem hæreditariam, licet m. f. alius alienaverit) Contrarium verius videtur, nam licet ob defectum poſſeſſionis, ex ſubtilitate juris civilis, furtum non committatur, quod vult *d. l. 1. §. 15. ſi is qui teſt. lib.*, attamen alienatio illa in crimen expilatæ hæreditatis quodammodo incidit, hoc vero, perinde ac furtum, rem reddere poterit vitioſam, ut taceam, nimis dilutum eſſe illud requiſitum Romanum, quo ad furtum,

tum, præviam possessionem requirunt, cum aliàs omnis recta ratio jubeat, ut non ex possesfione, sed potius jure pleniori, ob quod res alterius est, furti moralitatem repetamus.

OBSERV. MXXXVIII.

Aut, si dominus rem oppignoratam, creditori surripuit, creditoris) Fuit hæc res inter JCtos, qui circa usucapionis requisita sæpe mirum in modum tricati sunt, controversa ceu liquet *ex l. 4. §. 21. h. t. l. 5. pro emtor.* Interim contraria sententia verior, nam quando debitor pignus surripit, tum quidem intuitu creditoris & juris pignoratitii furtum committitur, ast ratione dominii, nullum vitium contrahitur, hinc, ut illud usucapi possit, nulla purgatione prævia opus est, sed usucapio statim locum habere potest, quod etiam diserte *d. l. 4. §. 21. h. t.* & *l. 5. pro emtor.* asseritur. PAULLUM in *l. fin. h. t.* inconsultis LABEONI contradicendi puritus, in transversum egit, ut in contrarias partes iret, adeoque veritati & sibi ipsi centradiceret, cujus sententia eodem, i.e. nullo, judicio probata est in *l. 6. C. pro emtor.* quorum textuum adeo nullam esse habendam rationem hactenus putem; Nimis sane oscitanter heic versatum esse PAULUM, ex *l. 4. §. 21. h. t.* etiam liquet, dum ait: *Si rem pignori datam, debitor subripuerit & vendiderit, usucapi eam posse, Cassius scribit: quia in potestatem domini videtur pervenisse* nam ratione in se quidem non malam, pessime esse applicatam, quivis facile videt. Alii ut HUBER in *posit ad ff. h. t. n. 3.* & BERGER in *resolut. h. t. qu. 3.* inter *pignus à debitore surreptum* & *hypothecam ab eodem alienatam* distinguunt, ac illud usucapi posse, non hanc, per *l. 66. de furt.* eoque pertinere

l. 6. C. pro emtor. existimant, ut hactenus inter pignus & hypothecam sit discrimen. Enim verò illa distinctio repugnat *l. fin. h. t.* quæ diserte pignoris surrepti usucapionem negat, antequam in potestatem creditoris redeat, hinc per eam nulla textuum conciliatio, quam tamen autores illi intendunt, fieri potest; Deinde etiam in se falsa est, quis enim concederet, hypothecam alienatam magis esse vitiosam quam pignus surreptum, cum in surreptione utique majus crimen sit, sive animum ac audaciam, sive effectum consideres? nihil etiam ad rem facit *d. l. 66. de furt.* nam ibi nihil aliud dicitur, quam quod debitor ratione creditoris faciat furtum, quod autem hypotheca alienata, etiam ratione dominii fiat vitiosa ad effectum impediendæ usucapionis, neutiquam ibi adstruitur, quanquam nec prius absolute verum est, de quo dixi Observ. 671. Rectius igitur hæc res explicatur, si admissio dissensu, *l. fin. h. t.* & *l. 6. C. pro emtor*, velut rationi repugnantes, improbemus.

OBSERV. MXXXIX.

Nam hæc nunciatio poterat quadriennio præscribi -- & deinde ipsa res longo tempore) Sed hæ videntur esse otiosæ ambages, si enim nunciatio quadriennio excluditur, tum possessor ratione rei jam est securus, quid ergo opus nova præscriptione? Videtur igitur sic potius dicendum, (1.) res fisco incorporatæ, consueto tempore, scilicet 3. 10. 20. annorũ, non usucapiuntur, (2.) sed res vacuæ & caducæ, nondum nunciatæ, quadriennio usucapiuntur *l. 1. C. de quadr. præscript.* de quo tempore §. 4. *J.* & *l. 18. h. t.* commode accipi possunt (3) quæstiones fisci criminales regulariter vicennio præscribuntur *l. 13. de div. & tempor. præscr.*

add.

add. BACHOV. ad §. *4. de J. Usuc. PERETZ ad C. de quadr. præscript.*

OBSERV. MXL.

Per quod correctum jus antiquum) Aliter sentit *STRUV. in J. For. l. 2. tit. 9.* §. *30.* qui nulla ratione juris antiqui & novi habita, certis saltem casibus denunciationem extrajudicialem admittit. Adhuc aliter sentit *STRAUCH exercit. 8. §. 16.* existimans, ne quidem per litis contestationem interrumpi usucapionem per *l. 2.* §. *fin. pro emt. l. 2. pro donat. l. 18. de R. V. l. 9.* §. *6. ad exhib.* tum etiam ob rationem, *quod mala fides superveniens usucapionem non interrumpat.* Concedit tamen præscriptionem litis contestatione interrumpi per *l. 2. 10. C. de long. temp. præscript. l. 26. C. de R. V.* Enim vero uti frustra *STRAUCHIUS* usucapionem & Præscriptionem (ad dominium relatam) adhuc distinguit, ita nulla sententiis relatis mihi placet, sed arbitror potius, quod etiam jure veteri, sola interpellatione extrajudiciali usucapio fuerit interrupta, satis enim illa affectũ domini ostendit, quod in interruptione præcipuè spectandum est Nec obstant text9 in contrarium allegati, vel enim loquuntur de litis contestatione remissa ac inefficaci, ut *l. 2.* §. *fin. pro emt.* vel jus præscribendum non attingente, sed aliud potius concernente ut *l. 2. pro donat. l. 9.* §. *6. ad exhib.* vel agunt de Usucapione summo quidem jure non, attamen in effectu, interrupta ut *l. 18. de R. V.* Præterea non obest ratio allata, nam simplex quidem mala fides, qua simpliciter rescisco, rem esse alienam, usucapioni non nocet, ast si illa sit stipata affectu domini, rem suam postulantis, tum utique eam interrum-

rumpere apta eſt. Sed forte operæ pretium non eſt obſoletis ejusmodi tricis immorari!

Tit. IV. ſeqq.

PRO SOLUTO, EMTORE &c.

Observ. MXLI.

S*Ive ex vero ſive putativo debito*) Quemadmodum Titulus in præſcriptione conſtitutiva & Privativa non requiritur, ſed tantum ad Translativam pertinet, ubi res aliena mediante Tertio, in alium transfertur, ita ne quidem in hac ſemper eſt neceſſarius. Interim JCti de tituli neceſſitate ſemel perſuaſi, in caſibus, ubi titulus non adeſt, tamen titulum finxerunt. Eo etiam ſpectat Titulus *pro ſoluto*, nam hic perinde non eſt ac titulus *pro tradito*, ſolutio quippe & traditio, titulus non ſunt, ſed aliquem præſupponunt eumque conſummant, ſeu id, quod ille exigebat, præſtant.

Observ. MXLII.

Quando verus hæres poſſidet rem non hæreditariam tit. 6.) Poterit hæc *Tituli pro Herede* explicatio, omninò admitti, qui enim ſuccedit, res velut ex donatione accipit, quæ ad uſucapionem ſufficit, & ſi ex legato rei alienæ uſucapio ſequitur, cur non etiam ex ſucceſſione in rem alienam? Interim non idem hic omnes ſenſerunt, ceu ex *l. p. pro hered.* liquet, hinc contraria ſententia etiam in *l. fin. C. eod.* occurrere videtur. *add. THOMAS. in not. ad Huber poſit. ad ff. h. t.* Non improbabilis quoque eſt illa explicatio, qua Titulus pro herede eſſe exiſtimatur, quando hæres rem, quam defunct9 mala fide poſſidebat, propria bonâ fide, ex ſua perſona uſucapit, cujus *AUTOR tit.* de Uſucap. *lit. fr.* fecit mentionem, licet enim nonnulli, & in ſpecie

Dn.

Dn. BERGER in resolut. ad d. t. qu. 5. illam Usucapionem nolint admittere, attamen textus, quibus utuntur, nihil aliud evincunt, quam quod hæres ex persona defuncti usucapere, ejusque accessione uti nequeat. Et cum nonnulli ex dissentientibus concedant, rem defuncto v. gr. commodatam, ab hærede posse usucapi ex *l. pen. pro heret*, non videntur sanè negare posse, quin eandem sortem subire queat res â defuncto malâ fide possessa, illam enim hic non potuit usucapere ob defectum tituli, hanc, ob malam fidem, si verò illam usucapere potest hæres, cur non & hanc? Denique non absurdum videtur, si Titulum pro Herede, hic eodem modo accipiamus, sicut ille accipitur circa hæreditatis petitionem, ut Usucapio pro hærede sit, quando non hæres contra verum hæredem, hæreditatem præscribit, nec obest, quod hæreditas 30. annis præscribatur *l. 7. C. de hæred. petit.* hic autem de Usucapione sermo sit, nam ille terminus forte olim non obtinuit, sed recentioris instituti, ac ideo tandem assumtus videtur, quod hæreditatis petitio, actio mixta sit.

OBSERV. MXLIII.

Est specialis tit, 11.) Titulus pro suo specialis, itidem saltem titulus putativus est, perinde ac titulus pro soluto, nam sive res ex falsa causa tradatur, sive tanquam nullius occupetur, neutro casu titulus occurrit, sed saltem fingitur. De cætero ultimum exemplum â Titulo pro derelicto, in eo differre videtur, quod hic præsupponat amissionem domini voluntariam, illud verò involuntariam.

LIB. XLII. TIT. I.

DE RE JUDICATA ET EFFECTU SENTENTIARUM ET INTERLOCUTIONIBUS.

OBSERV. MXLIV.

S*Ententia*) Unaquæque gens civitate & Magiſtratibus gaudet, aut illa nimium vi libertatis ſuæ efficere poteſt, hinc ſententiæ judiciales omnibus Gentibus ſunt notæ. Porro ut Judex leges probè cognitas ad factum rite applicet, ſepoſitis pravis affectibus, id quoque leges naturales & communia prudentiæ decreta exigunt. Denique, ut ſententiæ ſaltem pro ratione intentionis Judicis operentur, id etiam naturale eſt, hinc alius effectus eſt ſententiæ ſimpliciter condemnatoriæ vel abſolutoriæ, alius, quæ partim condemnat, partim omittit, partim improbat deſiderata actoris *vid. BERGER reſol. h.q.* 1. Leges igitur poſitivæ circa ſententiam, fere *modum publicandi* præſcribunt, earumque *autoritatem* magis definiunt, qua quidem in re magis ordinationes proceſſuales, quam leges Romanæ, conſulendæ erunt.

OBSERV. MXLV.

Modo juret ſibi de cauſa non liquere) Pertinet hoc ad judices Romanos *vid. POLLET. Hiſtor. for. Rom l. 3. c.* 10. & hodie nullum habet uſum, quemadmodũ etiam ea, quæ de prærogativa in caſus diſſenſus dicuntur, hodie raro locũ invenient, hinc etiam *CAROZOV. d.* 12. non de diſſenſu judicum ſed eligentiũ agit. Quod ſi tamen inter judices noſtros aliquando ſit diſſenſ9, tum ſimpliciter votorum pluralitas attenditur, *favor*

cau-

causa vel *rationis pondus*, lubrica nomina sunt, ex quibus dissensus decisio repeti nequit.

OBSERV. MLXVI.

Sententia lata non tollit obligationem) Sententia absolutoria accuratè loquendo, non tollit obligationem, sed eam non adfuisse probat, & quidem ita, ut post decendium probatio in contrarium non admittatur, an verò quis post sententiam, omnem obligationem negare, an summo jure adhuc qualem qualem asserere velit, id perinde est, quia harum tricarum nullus est hodie effectus, nam eum, qui in specie ex *d. l. 60. de cond. ct. indeb.* deducitur, parum rectè se habere, Observ. *363.* ostendi. Quod autem sententia interlocutoria à judice retractari queat, ceu paulo post *AUTOR* asserit, id & de jure civili dubium, *vid. BERGER in resolut. h. qu. 3.* & eodem admissum, hodie nullius est usus, nam ex sententia semel publicata, partibus jus acquiritur, quod invitis non eripiendum.

OBSERV. MXLVII.

Juramento suppletorio sententia lata). Hoc casu non tam retractatur sententia lata, quam potius ex novo fundamento & cui hactenus per sententiam non est præjudicantum, lis instituitur, perinde ac si contra illum, qui ex emtione conventus absolvebatur, deinde ex donatione vel alio titulo agas. *vid.* Observ. *338.*

OBSERV. MXLVIII.

Actio rei judicatæ) De hac plura tradidit, *STRAUCH. dissert. 28. §. 5. seqq.* de cætero mira res est, quod actio post actionem sit instituenda, quæ nisi fallor, magnam fori Romani corruptionem arguit. Merito

igitur illæ ambages exulant, quamvis nec hodie Executio valde maturari soleat *add.* DECIS. SAXON. *u.* In specie usurarum centesimarum, hodie non videtur esse usus sed potius usuræ consuetæ sine induciis currunt, donec actori satisfactum sit, *vid.* BRUNNEM. *ad. l. 1. C. de Usur. rei jud.*

TIT. II.

DE CONFESSIS.

OBSERV. MXLIX.

Confessio) Si quis de se ipso confideatur, tum, si nihil sit, quod fidem elevet, etiam jure naturali hoc pro vero est habendum; in universum autem tam ex conditione personæ confitentis, quam rei, de qua fit confessio, hoc æstimari debet. Quia tamen alia fides est historica aut philosophica, alia juridica, post quam effectus aliquis satis molestus, nonnunquam sequitur, ideo facile liquet, in determinando confessionis valore, multum tribuendum esse legi positivæ.

OBSERV. ML.

Civilis judicialis quæ fit in jure) Hodie quidem peculiaris instantia, quæ *juris* nomine veniat, non occurrit, interim ei comparari solet ille tractus, qui litis contestationem antecedit. In hoc ergo si quis confideatur, tum quæritur, an sententia judicis sequi debeat, an vero statim ad executionem procedendum? Nihil inter hæc valde interest, si ex æquo & bono, remotis ambagib9, procedatur, ast cum ejusmodi processus non occurrant, sed potius per longas moras duci lites soleant, ideo ex hac hypothesi multum refert, utrā partem eligas. De cætero ultimum omnino tamdiu dicendū, quamdiu lege positiva aliud non est

est constitutum, Nec dissentit *CARPZOV. d. p. 2. C. 3. D. 8. n. 10.* nam videtur loqui de confessione, quæ post litem contestatam secuta erat.

OBSERV. MLI.

Confessio facta præsente adversario) Hoc non simpliciter requirere videtur *JCtus* in *d. l. 6. § 3.* sed de eo potius quærit, illudque in medio relinquit. Quodsi tamen id admittas, hodie nullius usus erit, cum videatur ex illa hypothesi, quod ex actu alterius, tertio absenti jus non quæratur, fluxisse, neque etiam confessio & condemnatio, quod *d. l. 6. §. 3.* urget, in omnibus circumstantiis convenire debent.

OBSERV. MLII.

Obligatur qui confitetur ex errore juris) Sed hodie indistincte errantem excusandum esse arbitror, nam cum olim interrogationes in jure fierent, ideo confessio non tantum rationem actus *probantis*, sed & *obligatorii* habebat, hinc magna cum circumspectione ad eam accedendum erat, sed hodie illa saltem ad probationem & condemnationem pertinet, hinc inhumanum foret, si promtitudinem, qua quis ultra obligationem confessus est, in perniciem ejus vertamus, hoc sane nihil aliud esset, quam homines â confessione deterrere, ac, more Rabularum, ad strenuam negationem adigere. Admissa autem illa sententia, non indigemus captiosa limitatione: *nisi agatur de rebus propriis amittendis*, quam *AUTOR* subjicit, & cujus sensus, etiam de jure civili, nondum est ad liquidum deductus.

OBSERV. MLIII.

Judicio, habet vim probationis) Adeoque sententia confessionem illam sequi debet, sed hoc ne præ-

ciſe neceſſarium eſt, nec ex *d. l. 74. de judic.* ſatis probatur, interim ita ſervari, facile conceſſerim, cum magis ad apices proceſſus, quam æquitatem reſpici ſoleat. Quæ de confeſſione civili extrajudiciali, ut & criminali, amplius docet *AUTOR*, illa omnia ex communibus ratiocinandi principiis, æquitatisque decretis profluunt *add. DECIS. SAXON. 91.*

TIT. III.

DE CESSIONE BONORUM.

OBSERV. MLIV.

C*Eſſio hic eſt actus*) Ut debitoribus, ſine ſua culpa ad incitas redactis, parcamus, neque in corpore vel membris eos lædamus, id lex naturalis exigit, nec debet ille ſocialitatis gradus in vita civili negligi. Præterea creditores, poſitis certis circumſtantiis, ex humanitate obligantur, quo aliquid vitæ ſolatium miſero debitori relinquant, ſed hic ſocialitatis gradus ſublimior, nec ad conſervandam pacem, perinde ut prior, neceſſarius eſt, hinc ejus executio, cujusvis conſcientiæ ſaltem committi ſolet. Ex primo præſuppoſito fluxit ceſſio bonorum apud Romanos, nam per eam feritati creditorum, qua ultra modum in debitores etiam inſontes aliquando ſæviebant, occurſum eſt, illique bonis, quæ aderant, contenti eſſe, juſſi ſunt, prout *AUTOR* hic explicat.

OBSERV. MLV.

Hodie tamen quibusdam in locis actum ignominioſum facere debet) Sed niſi ad decoctores hoc reſtringas, leges ejusmodi vel conſuetudines excuſari nequeunt. Interim ita alicubi obſervari ſolet: In Francia præſentes in judicio, aperto capite, diſcincti, ſive abjecta

jecta Zona, cedere coguntur. In pluribus Italiæ locis obæratus in loco publico nudos nates ter ad lapidem vel columnam percutit, clamitando: Cedo bonis. Romæ leonem marmoreum ascendit, qui est in pede scalari Capitolii, natibus percussis, eadem verba proferens. Patavii lapidi turpitudinis seu viduperii, qui dicitur, posteriora denudatus insidet. Simile in Sabaudia constitutione Ducis Amadei obtinet & statutis Medio lanensium, prout ex aliis illa refert *HILLIG. ad Donell. l.27. c.9. lit. Hb. add. LUC. VAN DE POLL. de Exhared. c. 26. n. 18.*

OBSERV. MLVI.

Hoc privilegium multis in locis abrogatum est) Quoad debitores innocentes, de quibus hactenus sermo fuit, idem abrogari nequit, ast decoctores, duriter meritó tractantur, cum pœnam meruerint. Interim verum est, quod cessio Romana raró in foris Germaniæ occurrat, pauci enim debitores sine sua culpa ad incitas rediguntur, sed plerique otio, luxu aut imprudenti negotiatione malum sibi attrahunt, adeoque ex rationibus naturalibus & civilibus, illa locum habere nequit. Præterea beneficiũ cessionis est valde macilentum, nihil enim aliud obtinent debitores, quam ne in corpore aut existimatione affligantur, bona autem omnia cum dura tristique egestate commutare debent, ac ratione residui insuper manent obligati, sed omnes debitores, sontes & insontes, lautius haberi volunt, adeoque isto remedio sibi non satis prospici existimant, hinc vel solum vertunt, bonis quandum fieri potest, ablatis, vel cum creditoribus transigunt, pars etiam bonorum aliis in prædam cedere solet, de quo multis agere, instituti ratio non permittit.

TIT.

TIT. IV. V. VI.

QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR&c.

OBSERV. MLVII.

M*issio ex primo decreto*) Quemadmodum jus coërcendi delicta & in specie contumaciam judicialem, est penes unamquamque civitatem ab eaque Magistratibus inferioribus, prout visum est, delegatur, ita modum reprimendi ea, lex civilis determinat. Quid Romanis hac in parte placuerit, hoc & sequenti titulo exponitur. Sed in Saxonia Electorali illæ missiones ad coercendam Rei contumaciam, in processu commissam, non adhibentur, verum pro ratione Processus ordinarii, summarii vel executivi, alia eaque diversa coercendi ratio obtinet, nec dubitem, alias etiam Provincias peculiari jure hic uti, ut Romanorum forsitan exiguus sit usus.

DE PRIVILEGIIS CREDITORUM.

OBSERV. MXLVIII.

Preferuntur) Ordo & prærogativa creditorum partim ex *communibus æquitatis principiis resultat*, dum scilicet illi, qui separatum aut præstantius jus habent, aliis præferuntur, vel ob juris æqualitatem, eadem classe censentur, partim ex *dipositione juris positivi dependet*, dum illis, qui æqualia vel infirmiora jura habent, prælationis privilegium conceditur.

OBSERV. MXLIX.

Cujus dominus est actor) Juxta hæc utique naturale est, ut dominus ratione rei propriæ, penes debitorem adhuc existentis, aliis omnibus præferatur nam reli-

qui

qui creditores sua debita ex bonis debitoris saltem petere possunt, hinc domino rem suam vindicanti, molesti esse non debent. Inter mercatores hæc res inprimis usum habet, quoad merces, quas dolose comparārunt debitores, aut quæ ipsis vendendæ datæ sunt, die sie in commission haben.

OBSERV. MLX.

Extraordinario Prætoris beneficio) Si plurium debitorum bona in eâdem persona concurrant, ita ut vel adhuc separata sint, vel commode separari queant, tum æquitas jubet, ut creditoribus ex singulis bonis, quæ in contrahendo respexerunt, satisfiat, quo ita unusquisque vel imprudentiæ suæ poenam luat, vel diligentiæ providæ fructu gaudeat. Separatio igitur Romana non â solo Prætoris arbitrio dependet, sed ex æquitate fluit, hodie tamen non adeò necessaria est, quia bona defuncti & Heredis virtute inventarii vel juratæ specificationis, separata manent. Idem obtinet, si unus debitor diversas exerceat negotiationes, & singularem intuitu, peculiares habeat creditores, nam hi quoque ex bonis, quæ respexerunt, suum recte petunt, aut etiam illis contenti esse debent, licet dissentiat *STRUV. S. J. C. exercit. 44.* §. *66.* ideo quod *ea, quæ de servis, intuitu actionis tributoriæ, dispoſita sunt, ad liberos debitores non recte transferri videantur.* Sed illa ratio forte valeret, si separationis beneficium ex legibus Romanis unice dependeret, ast cum sit juris naturalis, ac tam quoad negotiationes servorum, quam liberorum hominum, idem præsupponat fundamentum, merito etiam generaliter asseritur.

OBSERV. MLXI.

Qui singulare prælationis jus habent) Prærogativa cre-

creditorum quæ n. L. II. IV. expenditur, â jure positivo est, hinc variæ quæstiones dubiæ & statuta difformia hic non desunt. Inprimis quoad tributa, res satis controversa est *vid. BERGER in resolut. h. qu. 2. THOMAS. in not. ad Strauch. Dissert. 28. th. 19.* Quemadmodum etiam non satis liquet, an illi, qui in prima classe sunt, si bona omnibus non sufficiant, pro rata, an juxta prærogativam privilegii, suum consequi debeant *vid. CARPZ. p. 1. C. 28. D. 12. STRUV. S. J. C. exerc. 44.* §. 47. 48. inprimis igitur in his quæstionibus usus fori attendendus videtur.

OBSERV. MLXII.

Uxor etiam putativa) In editione de anno *1698.* legitur: *Uxor vera non etiam putativa obst. l. 22. §. fin. solut. matrim.* sed non dubito, quin præter mentem *AUTORIS* sicut supra *lib. 20. tit. 2. n. 6.* Corrector hic nimis audax est, dum statim mutat, quæ sibi falsa videntur, licet non plane improbari aliàs debeant, nam lectio vulgaris hic utique veram thesin exhibet, si de uxore ignoranter putativa accipiatur, utut aliud forte, juxta opinionem Correctoris, obtineat, si scienter inhabilis ducatur, *vid.* Obs. *664.* addesis quoad privilegia uxorum *DECIS. SAXON. 4. 5. 6. 7.*

OBSERV. MLXIII.

Quoad paraphernalia autem) Ubi ususfructus in bonis uxoris, marito competit, ibi bona paraphernalia & dotalia, quoad repetitionis privilegia, pari passu ambulare debent, nec licebit ex rationibus Romanis hanc rem æstimare, hinc in Saxonia etiã generaliter fit mentio bonorum illatorum, des eingebrachten Guts *p. 1. C. 28.* Cæterum cum jure Saxonico Electorali, mulier, ratione illatorum, præferatur tantum

hypo-

hypothecis tacitis, non etiam expressis, inde perplexa oritur quæstio de prælatione, si concurrant hypothecarius tacitus primus, expressus secundus, & ratione temporis, tertio loco fœmina quoad illata, cum enim hæc alias primum vincat, non vero secundum, & tamen rursus primus secundum, secundus verò fœminam superet, hinc si regulam: *si vinco vincentem te, vinco etiam te* ex *l. 14. §. 3. de div. tempor. præscript.* huc trahas, tum eadem pro omnibus & contra omnes adhiberi potest, ceu probe ostendit *CARPZOV. p. 1. C. 28. D. 175.* ut similis hic adsit circulus, adque in illo certamine Protagore & Evathli, de quo *GELLIUS N. A. l. 5. c.* 10. Interim pro fœmina vulgò pronunciare solent, ideo quod ejus causa censeatur esse favorabilior, id quod cum aliquo temperamento, probat etiam *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 4.* censens insuper, quod crux, quam sibi fixerit Carpzovius, facile tollatur, si dicas vulgatam regulam *valere saltem in successorio æquabili, non ubi diversi ordines confligantur.* Cæterum uti hoc aliis dijudicandum relinquo, ita quoad ipsam prælationem, mihi probabilius videtur, quod in casu allato simpliciter tempus attendi debeat, adeoque fœmina ultimo loco locanda sit, nam illa quidem vincit hypothecarium tacitum, sed probabiliter eo saltem casu, si solus reperiatur, non verò, si sub clypeo velut interjecti Creditoris expressi, contra eam tutus sit.

OBSERV. MLXIV.

Hoc Dd. extendunt ad casum, quo quis in re vendita sibi hypothecam reservavit) Illa extensio non adeo recte se haberet, cum hic omnino plus juris habeat, quam illi qui in re, pecuniâ suâ, emta vel refectâ, hypothe-

cam

cam ſunt conſecuti, hi enim ad ſecundam claſſem tinent, ſed ille omnibus præfertur, non ſecus ac ſi jure dominii rem vindicaret, pignore enim tempeſtivè conſtituto, omnium aliorum Creditorum jura antevertit, adeo ut in ea re omnibus potior, ac illa à reliquis debitoris bonis plane ſeparata ſit, hinc in ſpecie talis Creditor tributis & collectis, quæ ad primam claſſem retulit *AUTOR*, præfertur, *vid. DECIS. SAXON. 63.*

Observ. MLXV.

Pupilli quorum pecunia res comparata eſt) Nec hi rectè ad ſecundam claſſem referuntur, cum itidem plenius jus habeant, poſſunt enim rem vindicare ex dominio acquiſito, vel, ſi malint, jure hypothecæ pecuniam exigere, hinc hæc hypotheca plane ſingularis, cæteroſque Creditores omnes excludens, exiſtimanda eſt *add.* Obſerv. *663.*

Observ. MLXVI.

Hi invicem concurrentes collocantur ex tempore) Alii certos ordines conſtituunt, unumque alio magis privilegiatum cenſent, ſed in iis deſignandis non plane conſentiunt *vid. HUBER in poſit. ad ff. qui potior. in pignor. n. 3. ſeqq. STRAUCH. diſſert. 28. §. 19.* hinc ſententia Autoris, ex ſolo tempore illorum prærogativam æſtimantis, rationi magis conſentit & planior eſt, nec obſtat *Nov. 97. c. 3.* nam mulierem non ob privilegium, ſed temporis prioritatem aliis privilegiatis præferri docet.

Observ. MLXVII.

Simplices hypothecarii) Horum prærogativa naturalis eſt, bonis enim non ſufficientibus, is qui priorem & legitime conſtitutam hypothecam habet, ſolus

cen-

censetur jus habere, reliqui à debitore decepti sunt, interim in modo constituendi hypothecam, lex positiva nonnunquam quædam præscribit. Porro ut creditores chirographarii, de quib9 *n. V.* secundum proportionem geometricam, suum consequantur, id etiam naturale est ex certa hypothesi, si scilicet supponas, illos omnes saltem habere personam debitoris obligatam, nam tum diversitas temporis haut attendetur. Interim illa hypothesis non est adeò necessaria, cum obligatio personam quidem debitoris concernat, sed cum respectu ad res, hinc in chirographariis etiam temporis ratio habenda videtur, cum priorum jus efficiat, ne cum effectu posteriorib9 debitor obligari queat, prior tamen sententia hactenus prævalet.

OBSERV. MLXVIII.

De jure civili) Id dubiæ est æquitatis, an quis cum sorte etiam usuras in eâdem classe consequi, aut harum intuitu, aliis Creditoribus postponi debeat, hinc jura positiva in hujus rei determinatione variant. Jure Saxonico usuræ postponuntur, exceptis nonnullis casibus, *vid. DECIS. SAXON. 8. 9. 10. STRUV. S. J. C. exerc. 44. §. 58.*

TIT. VII.
DE CURATORE BONIS DANDO.

OBSERV. MLXIX.

C*urator bonorum est*) Quemadmodum casus ille, quo Curator bonorum est necessari9, apud omnes gentes accidere potest, ita & ejus constitutio illiusq; ut & Constituentiū officium, fere ex cōmunib9 principiis dependet, illa enim fit consensu, hoc autem

ex consensu fluit, quod omne naturale est, ut parum sit, quod hic debeatur Romanis.

TIT. VIII.
QUÆ IN FRAUDEM CREDITORUM FACTA SUNT, UT RESTITUANTUR.

OBSERV. MLXX.

A*ctio Pauliana*) Pertinet quoque hic titulus ad concursum Crediterum, quando enim hi in bona debitoris missi, debita sua plene exinde non consequuntur, ideò quod debitor in eorum fraudem quædam alienaverit, datur ipsis potestas repetendi, quo casu manifestum est, alienationem moraliter esse nullam, adeoque creditores, ex jure debitoris veteri, ac ad se nunc pertinente, res alienatas repetere. Istam æquitatem naturalem olim in foro Romano, spretis summi juris ineptiis, ad factum applicavit Prætor Paulus, ac creditoribus actionem ad res repetendas concessit, hinc invaluit actio *Pauliana*, quam si nomen & durationem excipias, non Romanam sed naturalem esse, ex dictis constat.

OBSERV. MLXXI.

Est Prætoria realis) Circa explicandum actionis Paulianæ indolem, vulgo valde operosi sunt, ac in diversas abeunt sententias, dum scilicet nimis superstitiose, ac seposito velut rationis congenitæ usu, jura Romana tractant, sed ex nostro præsupposito res non difficulter explicari potest. Nimirum non est actio *nova* neque *realis*, ceu præ-

præcipit *AUTOR* neque *perſonalis*, quod alii volunt, ſed eſt potius *actio vetus quæ ex jure debitoris reali l. 10. §.2.3.4 l.3.§.1.l.4. 2.18.b. t. vel perſonali l.1. in fin. l.3.§.1.l. 10. §.14.15.22.l.17.b.t. quod is, in fraudem Creditorum, in alios transferre, vel iis remittere voluit, à creditoribus volentibus l.6.§.9.b.t. in poſſeſſionem miſſis, ſuumque ex bonis debitoris reſiduis, plane non conſequentibus l.1. C.b.t. inſtituitur, ad res alienatas cum fructibus l.10. §.20.21.22. b.t. recuperandas ab iis, qui ex titulo lucrativo rem acceperunt, indiſtincte l.6.§.11. b.t.oneroſo, tum demum, ſi doli fuerint conſcii l.9.10.§.2.b.t.*

OBSERV. MLXXII.

Autoro Paulo) Quo ſenſu hoc verum ſit, ex dictis liquet, Paulus non introduxit novam actionem, ſed veterem, non obſtante alienatione, adhuc ſupereſſe ſaltem oſtendit, & (quæ erat fori Romani ſollicitudo) formulam agendi peculiarem forte dedit. Porro non deſcendit actio hæc ex *dominio ficto*, ceu mox additur, ſed potius ex jure *veteri reali* aut *perſonali*, eoque non *ficto*, ſed, cum alienatio moraliter nulla ſit, *vero* deſcendit, inter jura autem realia ſæpe occurrit *dominium*, quo reſpicit *§.6. J. de action.*

OBSERV. MLXXIII.

Si aliquid geſtum ſit) Id omnino rationis eſt, ne alienationem indiſtincte nullam ac jura antiqua ſupereſſe dicamus, ſed æquitas jubet, ut varias circumſtantias attendamus, quas accurate ſatis obſervavit Prætor Romanꝰ, docente *AUTORE lit.C.1.* Poſitis autem debitis requiſitis, creditores adverſus accipientes agunt ad res amiſſas recuperandas *lit. S. P. E.* quæ omnia naturalia ſunt, in nonnullis tamen non recte

Romani vel interpretes sentire videntur, de quibus mox explicatius agemus.

OBSERV. MLXXIV.

Acquisitionis omissio hic non sufficit) Est hæc res ambiguæ æstimationis, adeò ut in utramque partem rationes suppetant, hinc etiam Romani non in omnibus casibus illam sententiam sunt secuti *vid. l. 45. de jur. fisc.* & hodie quoque scriptores distinctionem aliquam hic esse adhibendam censent *vid. BERGER in resolut. h. THOMAS. in not. ad Huber. posit. ad ff. h. t. n. 7.* De cætero tamen sententia allata, quod nempe acquisitionis omissio fraudem non involvat, rationibus sat validis, si probe expendatur, niti videtur, ut regulæ locum omnino subire queat, nam creditores solent cum debitore contrahere ratione bonorum præsentium, futuris auté rationes superstruere nec possunt nec solent, hinc sicut nullam patiuntur injuriam, si occasio acquirendi plane non occurrat, ita idem videtur dicendum, si oblata nolit debitor uti, inprimis cum abjicere illam soleat favore illorum, quibus aliàs obstrictus est.

OBSERV. MLXXV.

Non etiam ad usuras) Naturaliter sortis dolose remissæ, etiam usuræ præstandæ erunt, nec alia Romanorum videtur esse sententia, modo sortem usurariã supponas per *l. 10. §. 22 h. t.* nec obstat *l. 19. de jur. fisc.* per quam *AUTOR* dissentit, loquitur enim de revocatione fiscali & plane singulari, quâ scilicet pecunia â creditore, qui sibi vigilaverat, & aliàs tutus erat, repetitur, ceu ex *l. 18. d. t.* collatione liquet, hæc cum sit quodammodo iniqua, merito restringitur. Ab ea

ea verò ad revocationem fraudulenter remissorum debitorum inferre non licet.

OBSERV. MLXXVI.

De fructibus vid. l. fin. §. 4. *h.*) Naturaliter omnes fructus, etiam medii temporis, erunt restituendi, quia revera ex re aliena sunt percepti, quod nisi fallor etiam voluit *ULPIANUS* in *l. 10.* §. 22. *h. t.* nam *commodum medii temporis*, de quo loquitur, videtur pertinere ad casum *rei alienatæ*, adeoque de fructibus accipiendum esse, cum mox de usuris sequatur, quæ ad alterum casum, *liberationis* scilicet, pertinent. Interim alia sententia sedisse videtur *VENULEJO* in *l. fin.* §. 4. *h. t.* quem cum *ULPIANO* vulgò ita conciliant, quod hic non de fructibus agat, quæ tamen conciliatio, ut modo notavimus, contextui videtur repugnare, malim igitur sententiam *d. l. fin.* §. 8. velut ratione & æquitati contrariam, plane rejicere, nam ratio, qua fructus medii temporis restituendi negantur, *quod res in bonis non fuerit*, saltem summo strictoque jure obtinet, quod exigui aut nullius effectus esse solet.

OBSERV. MLXXVII.

Intra annum utilem) Ex hoc autem non concludendum, quod Pauliana, peculiaris & nova sit actio, nam cum vetus actio per alienationem jam sit aliquo modo imminuta, ideo Prætor imminutæ saltem annum utilem præstituit, cum alioqui integra diutius durasset. Sed an actionis Paulianæ hodie aliquis sit usus, quæri potest? Putem nullum aut exiguum esse: Nam (1.) casus ejus exercendæ rarius videtur existere, decoctores in fraudem creditorum non facile donant, venditio autem fieri quidem solet, sed sæpe in emtores ignorantes, & doli non temere convincen-

 dos, si

si verò dum fugam parant, merces auferant, occultent ac apud alios deponant, tum nulla fit alienatio, adeoque hic casus ad Paulianam non pertinet. Verum pone casum aliquando existere,(2.) considerandum est, quod per actionem Paulianam Creditoribus non satis consulatur, cum enim ipsis demum post immissionem ac bonorum, quæ supersunt, distractionem, res alienatas persequi liceat, quis dubitaverit, quin post tantas litis moras, persecutio vel inanis vel molestissima sit futura. Denique (3.) creditores in movenda actione Pauliana, unius personæ vice videntur fungi, adeo ut ejus effectus, omnibus prodesse debeat, atqui hoc affectu homines esse solent, ut sibi solis quam optimè prospectum cupiant, ad quem scopum Pauliana collimare non videtur! Hodie igitur Creditores sibi ita potius prospiciunt, ut res debitoris lapsi, quas vel amovit vel alienavit investigent, ac repertas arresto constringant, quo medio ipsis melius consuli, in aperto est.

Lib. XLIII. Tit. I.

DE INTERDICTIS SIVE EXTRAORDINARIIS ACTIONIBUS, QUÆ PRO HIS COMPETUNT.

Observ. MLXXVIII.

I*Nterdicta*) Hoc nomine, nisi fallor, tria veniunt (1.) *Edictum*, in quo Prætor ratione possessionis, aliquid sanxit, qui sensus in titulis sequentibus sæpe occurrit, dum Prætor aliquid intuitu, aquæ, fontis, rivorum &c. constituisse perhibetur (2) *formula* qua in processu inhibitivo Prætor olim aliquid fieri vel omitti jussit, adeo-

adeoque id, quod in Edicto proposuerat, velut Magistratus ad factum applicavit, (3.) *actio* vel *imploratio*, qua læsus contra adversarium aliquit petit.

OBSERV. MLXXIX.

Obs. l. 2. §. fin. b.) Locus hic omnino emendandus videtur, ita quidem ut verba finalia paululum transponamus hoc modo: *aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt* (jam sequi debent verba finalia) *tam recuperanda quam adipiscenda possessionis* (nam JCtus datæ divisiones adducturus exempla, primo profert interdicta adipiscendæ possessionis, de interdictis recuperandæ, agit remissive, dicens ea propositum iri sub rubrica unde vi, addit tamen, aliqua esse sub præsenti titulo, sed quænam? Scilicet quæ verba finalia indicant, huc igitur illa trahi debent) *Redinenda possessionis sunt interdicta uti posfidetis, sunt interdicta, ut diximus, duplicia*, sic desinere debet textus, nam ita sequuntur, juxta intentionem JCti, tertii membri datæ divisionis exempla, ac finis cum principio legis conspirat, in hoc enim dictum est, quod interdicta uti possidetis, sint duplicia.

OBSERV. MLXXX.

Ratione durationis perpetua) Hæc divisio vix admittenda, nam interdicta dari solend ob urgentem aliquam circumstantiam, quæ pro actore in signem faciat præsumtionem, adeoque processum summarium expostulet. Sed dalis circumstantia lapsu temporis enervatur, hinc etiam possessorium amplius locum non inveniet. Fac aliquem ante annos viginti violenter esse de possessione dejectû, an post lapsum tanti temporis, adhuc interdicto unde vi experiri poterit? non putem, nam vitium dejectionis tanto tem-

tempore imminutum fuit. Fere igitur eò delabor, remediis possessoris nullum certum tempus esse præstitutum, sed illa durare aut perire, prout circumstantiæ, quibus illa nituntur, vel urgent, vel vim amiserunt.

Observ. MLXXXI.

Regulæ) De regulis hisce ita summatim habendum (1.) quædam indicant *naturam actionum*, quo pertinet 1. & 8. nam petitorio penitus absoluto, utique possessorio amplius locus non est, quemadmodum etiam cum possessorio retinendæ, petitorium cumulare non licet, neque enim simul possidere & rem apud alium existentem, persequi possumus, id tamen per naturam rei fieri potest, ut instituto possessorio retinendæ, jura ad petitorium pertinentia simul adducamus, quo ita justitia possessorii eo magis ostendatur, (2.) aliæ, *quid per libertatem naturalem fieri possit*, significant, quo referas *n. 5.* aut (3.) quædam ostendunt *quid ex præscripto juris positivi fieri debeat*, quorsum refero *n. 3. 4.* (quarum sensus est, judicem contra votum ac intentionem actoris in alia causa, quam quæ in judicium introducta, pronunciare non debere *add. DECIS. SAXON. 13.*) porro *n. 6. 7.* (quæ posterior regula tum vera est, quando causa possessorii, est præjudicialis, ut in *d. l. 1. C. de appell.* nam aliàs Reus Actoris, loco possessorii, petitorium difficilius instituentis, imprudentiâ contentus esse potest & debet) denique *n. 9.* cui non obest *l. 18. §. 1. de vi & vi arm.* nam non loquitur de cumulatione sed alternatione juxta doctrinam regulæ quintæ.

2. De eo autem quæri potest, *an interdicta sint juris civi-*

civilis? Ita sentire videtur *GROTIUS de J.B.P.l.3.c.20.§.48.* quando censet: *arbitros lectos à populis aut summis potestatibus de principali negotio pronunciare debere, non de possessione, nam possessoria judicia juris civilis sunt: jure gentium possidendi jus, dominium sequitur.* Enim verò hic duplex respectus primò distinguendus est, vel enim *intuitu liberarum gentium*, vel *privatorum hominum* quæri potest, neque enim jus naturale aut Gentium, ad illas tantum pertinet, sed horum etiam negotia dirigit. Jam quod privatos attinet, utique interdicta etiam juris naturalis sunt, cum enim quis præ altero, insigni præsumtione possit esse munitus, æquitas requirit, ut ei statim succurratur, sepositâ proprietatis controversia intricatori, longioremque discussionem desiderande. Inprimis autem hoc verum est, ex hypothesi processus valde tardi, qui sane ubique fere obtinet, jam enim iniquissimum fuerit, v. gr. injustâ vi dejectum, ad molestissimum remittere petitoriũ, violento interim possessore possessionis commoda lucrante. Id tamen juris positivi & pœnalis est, quod etiam ei, qui justè dejectus est, possessio sit restituenda ab eo, qui non tantum melius jus habet, sed etiam meliori ac evidentiori juris præsumtione nititur, quod licet non iniquè constitutum videri queat, ne scilicet privati sibi ipsis jus dicant, si tamen considеres, quod judicia sæpe frigeant, ac læsis non, prout par erat, succurrant, vix regula illa vulgaris: *quod spoliatus ante omnia sit restituendus*, ab iniquitate absolvi potest. Liberas Gentes vel Imperantes quod concernit, possessoria judicia, quatenus juris civilis sunt, circa illos locum non habent, quod etiam de statibus imperii Romano ger-

manici asserendum esse putavi in Specim. *jur. pub. I. 1. c. 10. §. 47.* ast quatenus ei accommodantur, qui majori juris præsumtione munitur, tum ob paritatem rationis, inter liberas gentes, illa quoque obtinent. Pone quem possessione regionis, quam hactenus quiete tenuit, esse dejectum, annon erit restituendus, nisi jure proprietatis ad liquidum deducto? hoc utique æquitati repugnat, dejectus enim majori juris præsumtione gaudet, adeoque hujus quoque est habenda ratio. Interim quia inter gentes recuperatio est difficilior, dejiciens forte non antea possessione abscedere cogitur, quam si de ea in casum victoriæ restituenda, idonee fuerit cautum.

Tit. II
QUORUM BONORUM.
Observ. MLXXXII.

N*On est actio realis*) Interdictum quorum bonorum, recte pro actione reali habetur, nam descendit ex *jure hareditario* nec aliud fundamentum *AUTOR* ostendere potuit. Ratio vero, quare *summariter* procedatur, est *Pratoris vel judicis confirmatio*, si quis enim â judice hæres declaretur, is utique majori præsumtione gaudet, quam alter, qui sine tali confirmatione, hæredem se jactat, hinc illi celeriter succurrendum est quæstionibus altioris indaginis ad petitorium rejectis. Breviter ergo: Interdictum quorum bonorum oritur ex jure hæreditario, per confirmationem judicis probato, sed hæreditatis petitio, ex jure hæreditario, operosius probando. Illud obtinet, si possessor præsumtione aliqua non muniatur, hæc vero, si pro eodem præsumtio militet.

Ob-

OBSERV. MLXXXI.

Præscribitur 30. annis) Falsa est hæc assertio, quemadmodum etiam altera, quæ mox sequitur, quod remedium *ex l. fin. C. de edict. D. Hadrian. toll* tamdiu duret, nam interdictum quorum bonorum, nititur *confirmatione judicis*, alterum vero, *testamento, vitio visibili, non laborante*, sed quis credat, has circumstantias lapsu temporis non enervari, finge aliquem pro se habere confirmationem judicis, vel testamentum vitio visibili non laborans, alium vero, per 28. annos, hæreditatem, ut hæredem tenuisse, an hic, post tanti temporis lapsum, remedio summario erit expellendus? non crediderim. Actionem verum heredem habere pro consequenda hæreditate, concedo, sed in possessorio eum esse victurum, id verò minime videtur probabile. Non obstat *l. 3. C. de 30. vel 40. ann. præscript.* nam *jura* & *actiones inde venientes* ad 30. annos quidem plerumque durant, sed *juris præsumtio*, ex qua *remedia possessoria* fluunt, tamdiu semper non durat, sed lapsu temporis, aliisque circumstantiis facilè enervatur.

REMEDIUM L. FIN. C. DE EDICT. D. HADR. TOLI.

OBSERV. MLXXXIV.

Est remedium possessorium) Hoc etiam ex jure hæreditario, ob testamentum vitio visibili non laborans, valde evidenti, descendit, hæc enim circumstantia contra alium, jure succedendi ab intestato subnixum satis valida est celeremque processum desiderat, quodsi tamen urgens circumstantia pro hoc sit, ut si filius dicat, se legitime non esse exclusum, tum remedium illud sine effectu erit.

2. Du-

2. Dubium etiam non est, quin adhuc aliæ dentur circumstantiæ, quæ jus hæreditarium oppidò evidens reddant, adeoque interdictum adipiscendæ possessionis pariant, nam si quis moriatur sine testamento, relicto filio absente, ac alius, velut proximus hæres, bona occupet, tum filio reverso & petenti, dubio procul, remedio possessorio erit succurrendum, non quidem ideo, quod possessio ipso jure in filium translata fingatur, adeoque alter pro turbatore vel dejectore haberi debeat; (in sanis enim ejusmodi commentis Jurisprudentia non indiget) sed quod jus hæreditarium, per circumstantiam filiationis & deficientis testamenti, evidentissime probetur, atque ita remedio adipiscendæ possessionis locus sit, cumque hæ circumstantiæ temporis lapsu non obliterentur, non absurdum erit, si hoc casu possessorium ad 30. annos etiam duraturum asseras.

3. Ex quibus etiam declarari potest controversia, quæ olim inter *CARPZOVIUM Dec. 225. & HAHNIUM in differt.* de transitione possessionis in hæredes *Helmstad. 1655. habitâ*, intercessit. Nimirum mortuus erat Cajus, ac bonorum suorum proprietatem sorori, usumfructum vero Uxori suæ reliquerat. Usufructuaria, bona accipit, iisdemque per 25. annos, fruitur, eà mortuâ, Caji sororis maritus, nomine uxoris suæ, velut, proprietariæ, bona vacua occupat, & à judice competente, mandatū manutenentiæ pœnale contra quosvis impetrat, sed Usufructuariæ hæres, maritum illum pro invasore & turbatore proclamat, sibique possessionem adjudicari petit. Quæritur ergo, utrius partes sint justiores? pro Proprietaria ejusque marito pronunciat *HAHN*, sed Usufructuariæ here-

heredem, potiorem esse censet *CARPZOV*, ideo potissimum, quod possessio moribus Germaniæ, ipso jure in hunc sit translata, adeoque ille pro turbatore sit habendus & spoliato possessionem restituere teneatur. Mihi sententia *HAHNII* verior videtur, nam Proprietaria habet *dominium*, illudque *evidens*, nec *ab ipso adversario negatum aut facile negandum*, sed hæres Usufructuariæ, nititur *jure extincto*. Licite ergò & prudenter illius maritus bona vacua occupavit, & in possessione bonorum occupatorum meritò defenditur, quod enim in heredem Usufructuariæ possessio ipso jure transierit, id merum commentum est, nulla ratione subnixum, nam talis Germaniæ consuetudo neque adest, neque, si adesset, indistincte possessionem transferret, certe non eo casu, quo jus in bona, morte plane extinguitur. Recoluit eandem controversiam *Dn. D. SCHREITER in peculiari dissertatione* de hac quæstione *Lips. 1700. habita*, qui *CARPZOVII* sententiam ea ratione sustineri posse censet, si heredi Usufructuariæ, non quidem interdictum *recuperandæ* sed *adipiscendæ possessionis* tribuamus. Verum uti hoc interdictum, positis certis circumstantiis, recte asseritur, ita in casu præsente eas non adesse, adeoque illud locum non habere, plane arbitror, nam, ut diximus, Proprietaria nititur *dominio evidenti*, sed hæres usufructuariæ, *jure extincto*, ergo manifesta æquitas jubet, ut illa etiam in possessorio sit potior. Nec obest, quod *Proprietariæ maritus propriâ autoritate bona occupaverit*, nam hoc ei licuit, hic enim est effectus dominii, & valde imprudens quis esset, si occasionem occupandi elabi pateretur, ac actione deinceps res suas exigeret, quis enim hæc paria credat, in tanta

ju-

judiciorum & processus judiciarii corruptione? Porro nec id obest, quod *Usufructuaria per 25. annos bona possederit*, nam ideo jus Proprietariæ non fuit obliteratum aut obscurum redditum, sed usufructu finito, vividissime se exseruit.

TIT. III.

QUOD LEGATORUM.

OBSERV. MLXXXV.

Est interdictum adipiscendæ possessionis) Fundamentum hujus interdicti puto esse *jus hereditarium, ab ipso etiam legatario agnitum*, hæc enim juris evidentia remedium summarium expostulat, quodsi tamen legatarius in continenti docere queat, hæredis non interesse, ut res restituatur, tum interdictum cessabit.

TIT. IV.

NE VIS FIAT EI, QUI IN POSSESSIONEM MISSUS EST.

OBSERV. MLXXXVI.

Hoc interdictum) Datur quidem occasione possessionis, ad quam quis vel non admissus, vel in qua turbatus aut ex ea iterum ejectus est, sed cum non persequatur possessionem, sed interesse, ideo actionibus possessoriis non videtur annummerari posse, sed est potius actio ex delicto, qua damnum petitur, similisque actioni doli, (cum qua etiam in *l.1.§.2.h.* confertur) aut Legis aquiliæ. An vero hæc actio processu inhibitivo seu mandatorio, qui alias quoad remedia possessoria in usu erat, fuerit tractata, ac illa ob hanc

cau-

causam interdictis annumerata, id aliis indagandum relinquimus. Hodie huj9 actionis non magnus videtur esse usus, nam missiones custodiæ causa, hodie non adeo frequentes sunt, &, si fiant, utplurimum spem præstantioris juris consequendi, simul continent, hinc missus eo quod interest, haut erit contentus, sed ipsam potius possessionem persequetur, quo fine pro casuum diversitate, indertictum adipiscendæ, redinendæ aut recuperandæ possessionis, adhiberi poterit.

TIT. V.

DE TABULIS EXHIBENDIS.

OBSERV. MLXXXVII.

HOc *interdictum*) Itidem pro actione possessoria haberi non posse videtur, quia saltem ad exhibitionem testamenti, tentit, aut, hac deficiente, interesse persequitur: Possessoriis tamen actionibus videtur annumeratum ob *similitudinem processus*, nam summarium vel inhibitivum, etiam hic locum habuisse, ob *exhibitionis facilitatem*, plane arbitror, hinc etiam hodie mandata compulsorialia dari solent. Quia etiam illa præstandi facilitas, tanquam causa summarii processus semper durat, ideo quoque hoc interdictum perpetuum erit, secus ac alia, quæ nituntur circumstantiis, quarum efficaciam tempus elidere potest.

OBSERV. CMLXXXVIII.

Alias enim exhibitio peteretur extraordinaria persecutione) Sed harum tricarum hodie nulla est utilitas, sive exhibitio testamenti petatur *interdicto de tabulis exhibendis*, sive *extraordinaria persecutione*, sive, quod mox quoad hæredem asserit *AUTOR*, *rei vindicatione* vel *actione ad exhibendum*, res eodem recidit, nam æquitas postulat, ut in omnibus hisce actionibus eodem

dem modo, ſummariè ſcilicet, procedatur, & abſurdum eſſet, ſi hæres poſt aditionem, deterioris conditionis foret, quam ante eam eſt.

Tit. VI.

DE VI ET VI ARMATA.

Observ. MLXXXIX.

Et *hoc interdicto hodie datur actio perſonalis*) Ut injuſte dejecto remedio ſummario ſuccurratur, id non juris Romani tantum, ſed & naturalis eſt, quod autem juſte dejecto etiam ſuccurendum, ſit, id in pœnam dejicientis, jure humano ſaltem cautum eſt, quod ſalva æquitate, ſemper obſervari nequit. De cætero interdictum unde vi, ſepoſita autoritate rectius pro *actione reali*, quæ ex jure poſſeſſionis deſcendat, cuique delictum expulſionis ſaltem occaſionem præbeat, quam pro *perſonali* habetur, nam poſſeſſio ejus eſt indolis, ceu Obſ. *32.* oſtendi, quod rem contra omnes poſſeſſor ſibi aſſerat, hinc etiam jus poſſeſſionis contra omnes, qui melioris juris præſumtione non juvantur, efficax eſſe debet, id quod etiam jus Canonicum in *c 18. X. de reſt. ſpol.* ac plenius, juxta communem ſententiam, in *can.* redintegranda *3. C. 3. qu. 1.* agnovit. Romanos quod attinet, vel dicendum eſt, quod in *l. 7. h. t.* naturam juris poſſidendi non ſatis expenderint, vel quod non ſimpliciter interdictum unde vi, contra tertium poſſeſſorem competere negent, ſed id contra quemvis, non efficax eſſe, ſolum adſtruant, nam poterit actio poſſeſſoria, realis quidem, ſed tamen non contra omnes, valida eſſe, ſi nimirum poſſeſſor meliori præſumtione nitatur.

Observ. MXC.

Praſcribitur anno utili) Videtur illa ſanctio Romana

mana ratione validâ non niti, nam remedia, quæ ex possessione oriuntur, ejus sunt in dolis, ut certo temporis spatio circumscribi non posse videantur, sed potius eorum duratio ac valor ex circumstantiis, inter se velut certantibus, æstimari debet, de quo Observ. *1083*. jam dixi; Hinc si v. gr. quis ante biennium injuste dejectus sit, adeo ut post hoc tempus, justitia causæ adhuc evidens sit, tum inhumanum foret, eum â possessorio excludere ac ad molestum remittere petitorium. Quare annum Romanorum eo cum temperamento accipiendum putem, ut post eum, interdictum cesset, si tam per lapsum temporis, quã alias circumstantias, jus dejecti sit obscurum redditum, id quod etiam quoad durationem interdicti, de quo *tit. seq.* observandum esse arbitror.

Tit. XVII.

UTI POSSIDETIS.

Observ. MXCI.

H*Odie inde datur actio Prætoria realis*) Ut turbato succurratur, naturale est, quod Prætor Romanꝰ saltem confirmavit. Interdicta vero retinendæ possessionis, esse actiones reales, nunc admitto per ea, quæ Observ. *32*. dixi, dantur scilicet contra possessorem, qui actibus turbativis possessionem arripuit, ad hoc, ut ille â turbando desistat, adeoq; possessionem nobis solis reddat ac relinquat. Id tamen observandum est, quod, cum alterius possessio â turbatione oriatur, adeoque nemo hic possideat, nisi qui vel turbat, vel turbationem inchoatam probat ac continuat, atque ita in eo, erga quem interdictũ movendum, semper aliquod factum præsupponatur, actionis hu-

jus realitas vix sentiatur, sed res eodem recidat, sive actionem hanc, realem esse, ac ex jure possessionis descendere, sive personalem, quæ ex turbationis delicto oriatur, dicas.

Observ. MXCII.

Non etiam dejecto de possessione) Turbatio locum habere solet quoad objecta, quæ arctè custodiri non possunt, ut si quis in alterius territorio Jurisdictionem, sylvâ, venationem, lacu piscationem, aut fundo servitutem exerceat. Sed in rebus, arctiori custodiæ subjectis, ut ædificiis & prædiis, quæ inhabitamus, dejecto obtinet, Illo casu utimur interdicto recuperandæ, heic facile quæsitum iri; Hoc vero casu interdictum recuperandæ locum habet, ubi tamen nonnulli etiam interdictum retinendæ, usum habere putant, quod *l. 3. h. t.* inprimis convenire videtur, nam ibi memoratum interdictum asseritur *ubi duo in solidum possident, & alter quidem ab altero vi*, quod non aliter explicari potest, quam ei quoque interdictum uti possidetis tribui, qui vi dejectus est, animo tamen se adhuc possidere putat. De cætero totius controversiæ nullus videtur esse usus, cum res eodem recidat, sive interdicto recuperandæ, sive retinendæ, possessionem defendas, quod inprimis verum est si illud etiam actionem realem esse, juxta observ. *1089.* dicas *add.* Observ. *1031.* confer, quoad cavendi necessitatem, *BERGER. in resolut. b.*

Tit.

Tit. XVIII.

DE SUPERFICIEBUS.

Observ. MXCIII.

S*uperficies*) Est species dominii utilis, ac omnibus Gentibus nota. Constituitur vel *lege positiva*, per præscriptionem, quæ quidem eodem modo fit, ac præscriptio emphyteuseos, de qua suo loco dictum, vel *naturaliter* per mutuum consensum, ubi tamen lex positiva aliquanto traditionem requirit *lit. C.* Peracta autem constitutione, tam domino directo, quam superficiario ea jura competunt, illæque obligationes in hærent, quas intentio agentium & natura rei expostulat, de quo *lit. E.* quod adeo naturale censeri debet.

Observ. MXCIV.

Ex interdicto de superficiebus) Sed hæc non est nova actio, quæ peculiariter definienda & explicanda sit, sed potius intuitu superficiei, pro casuum varietate, interdictum retinendæ & recuperandæ possessionis locum habet, hinc licet propter objectum speciale, novo nomine utrumque insigniri queat, novam tamen actionem subesse non existimandum est, si Prætor de dominio in genere, aut de emphyteusi, censu vel feudo interdictum proposuisset, an illud novum & peculiare putabimus?

Tit. XIX. XX. XXI. XXII. XXIII.

DE ITINERE ACTUQUE PRIVATO &c. &c.

Observ. MXCV.

P*roponuntur hic de diversis servitutibus interdicta*) Non tam nova interdicta hoc & sequentibus titulis

lis proponuntur, quam potius varii casus, ad quos interdictum retinendæ possessionis applicatur, recensentur, hinc non opus est, tot novas moliri definitiones, cum novum saltem nomen, uni eidemque interdicto, ex peculiari objecto, accedat. Illud annotam9, tempus, quod in possessore, ad fundantum interdictum, subinte requirit Prætor, non esse captandum ac præcise exigendum, nam an possessio pro aliquo excidet præsumtionem nec ne, id non tam à momento temporis, quam aliis etiam circumstantiis dependet; quas adeo cordatus judex semper considerabit.

Tit. XXIV. XXV.

QUOD VI AUT CLAM &c.

Observ. MXCVI.

HOc *nomine datur actio personalis*) Nisi fallor, interdictum quod vi aut clam, est etiam ipsum interdictum retinendæ possessionis ac à speciali objecto & peculiari turbandi ratione, novum saltem sortitur nomen, hinc explicatio hic allata, cum generali, de qua *tit. 17.* maximam partem coincidit. Interim *AUTORI* novum nomen imposuisse videtur, dum hoc interdictum actionem personalem dicit, cum tamen interdictum retinendæ possessionis, pro reali habeat. De cætero illa variatio est innoxia per ea quæ Observ. *1091.*

Observ. MXCVII.

Colono Usufructuario lit. S.) Præter illam formam, qua interdictum quod vi aut clam, species interdicti redinendæ possessionis est illud adhuc aliam habet, juxta quam, est actio personalis, qua damni dati restitutionem unice petimus, hoc respectu cū actione L. Aqui-

Aquiliæ fere coincidit, ac cum eadem electivè concurrit. Atque hoc sensu competit illud colono ac præcipue etiam fructuario *l. 12. 13. h. t.* Ego etiam pertinet Casus in *l. 4.* §. *2. 3. de aqua & aqv. pluv.* nec non inprimis in *l.* 7. §. 4. *h. t.* & *l. 49.* §. *1. ad L. aquil.* de quarum conciliatione dixi Observ. *420.*

OBSERV. MXCVIII.

Eliditur) Sicut aliàs quoad remedia possessoria discipiendum est, utrius jus sit magis evidens, pro cujus rei diversitate, diversus interdicti est effectus, ita idem quoque obtinet, quoad interdictum quod vi aut clam; Nam si per annum, opus steterit *n. 1.* alterius jus, lapsu temporis est obscurum redditum adeoque interdictum erit sine effectu, quod tamen non simpliciter obtinet. Porro si quis agri colendi causa opus fecerit *n. 2.* adeoque juste versatus sit, ac de hoc statim constet, aut si turbationem injustam saltem repulerit *n. 3.* vel jus suum per cautionem oblatam vel præstitam pobabile reddat *n. 4.* tum etiam nullus erit interdicti effectus. Quæ autem *n. 5.* amplius subjicit *AUTOR*, illa pertinent ad interdictum quod vi aut clam, quatenus damnum persequitur.

TIT. XXVI.

DE PRECARIO.

OBSERV. MXCIX.

P*Recarium*) Quemadmodum naturæ hominum oppido convenit, ut mutuis socialitatis officiis se provocent, ita humanitatē triplici modo erga alios exercere licet, vel enim simpliciter in alium donum conferimus, hinc *donatio*, vel usū rei nostræ gratis alteri ita concedimus, ut ad certū tempus, firmiter isti bene-

beneficio, rationes suas superstruere queat, unde *commodatum*, vel ita erga alios benigni sumus, ut nostro beneficio alter, ex voluntate singulis momentis velut repetita, fruatur, isteque actus, nostri respectu, semper voluntarius maneat, hinc *Precarium* existit. In hoc tantum juris habere accipientem, quantum concedens voluit, ac id valere contra alios, non ipsum concedentem, ex hujus intentione liquet, & communi ratione intelligitur, ut adeo Præcarium sit juris Gentium. Cum porro accipiens ad rem reddendam sit obstrictus, hinc si hujus obligationis intuitu, precarium dicere velis *contractum*, non errabis, illud certum, quod de solo nomine non litigandum sit, quemadmodum etiam hodie otiosa est disquisitio de actione præscriptis verbis irregulari, qua res precario data repetatur.

Observ. MC.

Hinc pactum ejusmodi adjectum vitiatur) Propter contradictionem scilicet, nam hæc sibi contradicunt, *ego tibi rem precario concedo & tu tamen v. gr. ad mensem eam certo possidebis*, nec obstat *l. 4. §. fin. l. 5. h. t.* non enim loquuntur de tempore, usque ad quod concedens necessariò precarium relinquere *debeat*, sed usque ad quod, si valde liberalis sit, alteri relinquere *velit*; Cum autem pactum illud, sit invalidum, non quia nudum, sed quia contradictorium, ac illa ratio hodie etiam obtineat, hinc apud nos etiam non valebit, quod non videtur *Dn. STRYK in not. h.* Plane id probe expendendum erit, an non per ejusmodi pactum â præcario recedere, ac commodatum inire maluerint agentes, tum enim valebit.

Ob-

Observ. MCI.

Cujus intuitu petenti datur interdictum uti possidetis -- -- scilicet contra tertium) Etiam intuitu precariò possidentis locum habent interdicta, & quidem *uti possidetis*, contra tertium, ut *AUTOR* docet, quia, ut ego arbitror, dominus possessorem precarium non turbat, sed potius dejicit, quo casu *interdicto unde vi*, possessionem reddere tenetur §. *6. J. de interd.* quod mere pœnale est, nec stricte observandum videtur, cum domini excessus alia ratione coerceri queat.

Observ. MCII.

Hoc interdictum est restitutorium) Quodsi precarius possessor ad instantiam domini, rem concessam statim non reddat, aut ab ea abstineat, tum illum vel dejicit vel turbat, adeoque interdicto recuperandæ vel retinendæ possessionis (v.gr. quoad servitutes precariò concessas) tenetur, hoc si dicere velis *interdictum de precario*, hactenus quidem id admitti poterit, modo non putes novum & peculiare interdictum subesse. Cæterum, sicut alibi, ita hic etiam jura evidentia esse debent, hinc si de precarii qualitate res non sit liquida, dominus in possessorio non obtinebit.

Tit. XXVII. XXVIII.

DE ARBORIBUS CÆDENDIS &c.

Observ. MCIII.

HIc *duo dantur interdicta)* Interdictum de arboribus cædentis, & glande legenda, non novum & peculiare, sed saltem exemplum interdicti uti possidetis est, quo quis in possessione certi alicujus juris se defendit. Cæterum cum ejusmodi jura fere à consve-

tudine regionis alicujus dependeant, adeoque non ubique obtineant, hinc nec interdicta illa magni usus sunt *add.* Observ. *1020*.

Tit. XXIX.
DE HOMINE LIBERO EXHIBENDO.

Observ. MCIV.

HOc *interdictum est exhibitorium*) Videtur hoc etiam esse species interdicti uti possidetis, nam defenditur per illud possessio libertatis personalis, contra injustam servitutis imputationem, vel detentionem, & cum ipse, quem libertas respicit, oppressus sit, ut ad actionem adspirare nequeat, hinc alii ex ejus voto agunt. Quodsi status detenti dubius sit, tum possessorium sine effectu, ac operosius, in petitorio libertas deducenda erit *l. 3.* §.7. *h.*

Observ. MCV.

Hac actio est perpetua) Sed quo sensu? num eo quod toties agi queat, quoties homo liber detinetur? Verum ita omnes actiones perpetuæ sunt, nam ante detentionem aliudve factum actio nondum est nata, hinc ei etiam præscribi nequit. An eo, quod â tempore factæ detentionis, intra *30.* annos, aut semper agi possit? hoc vero minus probabile est, fac enim me hominem liberum per *29.* annos ut servũ obtinuisse, tum sane actio possessoria locum habere non videtur, cum per tanti temporis lapsum libertas valde obscura sit reddita, nec obest, quod *libertas nunquam præscribatur*, nam ex eo saltem sequitur, quod actio superfit, non autem, quod remedium possessoriũ. Utut igi-

igitur nolim usum hujus interdicti præcisè anno coercere, non videtur tamen ille etiam ad tam longum tempus extendi posse, Respiciendæ igitur erunt circumstantiæ, est si post longi temporis lapsum, libertas nihilominus liquida, ac detentionis injustitia evidens sit, tum interdicto adhuc locus erit.

TIT. XXX.

DE LIBERIS EXHIBENDIS ET DUCENDIS.

OBSERV. MCVI.

H*Ic duo dantur interdicta*) Hæc quoque exempla interdicti retinendæ possessionis esse arbitror, quibus juris patrii possessio defenditur, hinc & *jus patrium & ejus evidentia* præsupponi debet, alias interdictum erit sine effectu. Hodie nec tantus juris patrii rigor est, nec hæc interdicta valde frequentia sunt.

TIT. XXXI.

DE UTRUBI.

OBSERV. MCVII.

H*Oc interdictum*) Rarius videtur accidere ut in possessione rerum mobilium turbemur; hinc etiam interdictum *Utrubi* non adeo frequens est, si autem res nostras alii teneant, tum plerumque actionis petitoriæ ac satis expeditæ ex delicto vel contractu competunt, nec interdicta recuperandæ possessionis hic sunt nota. Nisi fallor, interdictum Utrubi videtur spectare, non ad ejusmodi casus, ubi alter rerum mobilium possessionem invadit, sed poti9, ubi libertati do-

mini, intuitu rerum suarum, molestus est, ut si servus fugerit & quis eum duci impediat *l. 1. h. t.*

TIT. XXXII.

DE MIGRANDO.

OBSERV. MCVIII.

HOc *interdictum est prohibitorium*) Aliud exemplum interdicti Utrubi, nisi me omnia fallunt, est interdictum *de Migrando*, cum enim locator conductoris libertatem quoad res mobiles turbet, ideo eam hoc interdicto tuetur. Ob paritatem rationis recte etiam tribuitur colono, nam in *l. 1. §. 1. h.* non res, sed rei nomen, more Romanis solenni, negatur, quod interdictum hoc *perpetuum* dicatur *l. 1. §. f. h.* id non alio sensu verum videtur, quam eo, quem Observ. *1105.* exhibui.

TIT. XXXIII.

DE SALVIANO INTERDICTO.

OBSERV. MCVIII.

HOc *interdictum est acquirendæ possessionis*) Fundamentum hujus interdicti est *jus pignoris, ex oppignoratione præsumtum*, nam si modo Creditor oppignorationem probet, hæc circumstantia sat validam contra debitorem oppignorantem excitat præsumtionem, ut meritò illi summario remedio succurrendum sit. Quod si tertius possessor â debitore rem acceperit, ac peculiari præsumtione non muniatur, tum memorata circumstantia contra illum etiam efficax est, hinc recte etiam Salviano convenietur, quo referrem *l. 1. h. t.* nam ex ea non exceptionem, ut

AU-

AUTOR sentit, sed regulam esse faciendam, ob rationis allatæ generalitatem, arbitror. In *l. 1. C. h. t.*, quæ huic doctrinæ obstat, exceptio erit asserenda, ideo forte quod tertius possessor, à debitore causam habens, peculiari præsumtione fuerit munitus. Si verò tertius possessor à debitore rem non habeat, tum Salviano non recte conveniri posse videtur, qui autem hoc etiam casu ejus usum asserunt, quorum meminit *BERGER in resolut. h. t.* illi in terminis ludere videntur, dum sub nomine interdicti Salviani, revera actionem Servianam institui jubent, possessore enim dominium oppignorantis negante, aliaque insuper præsumtione forte munito, utique eadem probatio erit facienda, quam Serviana expostulat.

OBSERV. MCX.

Hinc differt ab actione Serviana) Prima differentia idem per idem probat, nec, quare secunda & tertia obtineat, ejus rei ratio apparet, hinc magis differentiæ supponuntur quam probantur. Forte igitur solidius discrimen interdicti Salviani & actionis Servianæ ita exponitur: Pro diversitate possessoris conveniendi, aliquando urgens circumstantia & præsumtio pro actore militat, aliquando non, illo casu obtinet interdictum Salvianum, hoc actio Serviana, illud ergo est remedium possessorium & summarium, hæc, remedium petitorium & prolixiori processu tractandum, ibi, sufficit probare oppignorationem, hic & oppignoratio, & oppignorantis dominium, non quidem præcise verum, sed præsumtum, probari debet, illud non contra quemvis possessorem habet effectum, bene verò hæc.

De-

2. De cætero actiones possessoriæ processu summario regulariter tractantur, qui olim apud Romanos insuper erat inhibitivus qualis hodie etiam in ProfinciisSaxonicis observari solet. Quo loco illud notandum, quod ista procedendi ratio, non præcise ad possessionem, sit per naturam suam adstricta, sed omnino etiam in aliis causis liquidis observari queat. Sic æquum foret, ac ad processus cito absolvendos faceret, si debitori ex instrumento liquido convento, post prævium monitorium, factamque recognoscendi copiam, solutia mandato pœnali injungeretur. Sed hactenus leges processuales ita non jubent.

LIB. XLIV. TIT. I.

DE EXCEPTIONIBUS, PRÆSCRIPTIONIBUS ET PRÆJUDICIIS.

OBSERV. MCXI.

EXceptio) Est allegatio juris nostri, alterius intentioni & petitioni opposita, sive est jus alteri oppositum. Quoties igitur in processu exceptionibus intigemus, toties casus occurrens, accurate est examinandus, & quæ jura circa eum reperiantur, prudenter judicandum, nec possunt in antecessum, ac in abstracto, Exceptiones usurpandæ præscribi, quod nonnunquam imperitis persuasum est.

OBSERV. MCXII.

Est vel inficiatio) In hac *AUTORIS* doctrina forte hæc desiderari possunt, (1.) quod inficiationem & exceptionē facti, pro iisdem habuerit (2) sub inficiatione, inficiationem prægnantem complexus fuerit, cū tamen hæc, in conceptu generico, cum depulsione, seu

ex-

exceptione conveniat. Malim igitur sic dicere: Reus vel *simpliciter negat*, ex qua negatione hoc consequitur, quod non statim comdemnari queat, sed actor prius intentionem suam probare debeat, vel *intentionem actoris invalidam esse contendit*, dum eam vel nunquam substitisse, vel ex postfacto enervatam esse putat, inde oritur *Exceptio*, quæ pleniorem promittit defensionem, nam etiamsi actoris intentio probetur, tamen sub exceptionis oppositæ clypeo tutus esse potest reus. Ex sententia autem Romanorum vel tale quid opponitur, quod actoris intentionem penitus nullam esse ostendat, hinc oriuntur *exceptiones facti*, ut solutionis, compensationis & acceptilationis, vel quod eam stricto jure subsistere quidem, sed iniquam esse doceat, inde resultant *exceptiones juris*, ut pacti, jurisjurandi, rei judicatæ & similes, atque hanc strictam & Romanam Exceptionum suppositionem, *AUTOR* sequitur, sed hodie illius subtilitatis nullus est usus, verum exceptiones facti & juris, in foro nostro, pari passu ambulant, nec ullus effectus istius discriminis ostendi potest, licet per fallaciam causæ, nonnunquam tale quid moliantur interpretes.

OBSERV. MCXIII.

Causa efficiens æquitas juris Gentium) De hoc non valde hic laborandum, utrum enim jura ex lege naturali vel civili oriantur, id ex tota Jurisprudentia peti, & hic præsupponi debet, quemadmodum etiam varietas exceptionum hic non per omnia adducenda est, utrum enim jus aliquod sit transmissibile nec ne, perpetuum vel temporarium, quo pertinet *divisio 3. 4.* id velut explicatum præsupponitur, *divisio* autem 2. quâ acceptiones in *civiles* & *Prætorias* discernuntur,

& hic

& hic & alibi otiose inculcatur, cum nullius usus sit. Quamobrem ille solum Exceptionum habitus, qui in Processu occurrit, hic explicandus est, quo referri poterit *divisio 1.* & 5.

OBSERV. MCXIV.

Mixtarum naturam habet exceptio restitutionis ex causa aetatis) Sed talis mixtura involvit contradictionem, quomodo enim eadem exceptio eodem respectu transmissibilis & non transmissibilis esse poterit? Quare dicentum potius, quod exceptio memorata, si tantum realis seu transmis sibilis, quamvis personae consideratio ad eam introducendam impulerit.

OBSERV. MCXV.

Excussionis, divisionis) Refert hic *AUTOR* exceptionem divisionis, ad *dilatorias*, sed mox eam *Peremtoriis* accenset quod etiam *tit.* de fidejussor: *lit. E.* repetit. Utrumque verum est, exceptio divisionis & Excussionis, (nam haec addi potest) pro casuum varietate, dilatoria & peremtoria est, prout scilicet Excipiens periculo regressus adhuc subjacet vel non. Nimirum qualitas harum Exceptionum dependet à *conditione debitoris principalis* aut *confidejussoris*, si enim hi, cum excipitur, *non sint solvendo*, utraque exceptio est saltem *dilatoria*, quoniam detecta inidoneitate debitoris aut confidejussoris, Creditor fideijussorem excipientem denuo urget. Si vero *solvendo sint*, tum est *peremtoria*, à debitore enim solidum, aut à confidejussore pars exigi debet, hinc Excipiens semper tutus est, licet postea illi solvendo esse desinant, quod *AUTOR* ad *tit.* de fidejussor. *d. l.* admonuit. Interim quia exceptionum harum qualitas ab *eventu* dependet, adeo ut non statim liqueat, dilatoriae an peremto-

remtoriæ illæ ſint, hinc merito poſt litem conteſtatam, eorum allegatio admittitur *vid. CARPZOV. p. 1, C. 3. D. 17.*

OBSERV. MCXVI.

Exceptiones non tollunt ipſam actionem) Hæc ſubtilitas Romanorum fruſtra hodie inculcatur. Hoc operantur exceptiones peremtoriæ veræ & juſtæ, ne actor aliquid conſequatur, ſive ipſo jure actionem non competiiſſe, ſive eam ſtricto jure fundatam, invalidam ſaltem fuiſſe dicas, res hodie eodem recidit. Equidem nonnulli hoc diſcrimen ſubeſſe putant, quod, actione ipſo jure non competente, actor ſtatim repellatur, eâdem vero ſummo jure fundatâ, lis conteſtanda ac exceptio ſubjicienda ſit. Verum committitur fallaciæ cauſæ, nam diverſitas illa dependet ab exceptionis *evidentia* vel *obſcuritate*, ſi enim exceptio in continenti probari queat, tum actorem ſtatim repellit, ſive eam facti, ſive juris dicas, ſi vero altioris indaginis ſit, tum poſt litis conteſtationem allegari debet.

OBSERV. MCXVII.

Modo à reo opponantur) Modus exceptiones proponendi, inprimis præſentis eſt conſiderationis, Dependet is partim à *libertate* & *prudentia*, partim à *lege civili*, hac autem in parte plus præſtare Ordinationes proceſſuales, quam jus Romanum, id quidem ſatis manifeſtum eſt *conf. DECIS. SAXON. 2. 14.* Inprimis etiam apta elocutione deſiderium proponere par eſt, quo fine *Exceptionum formulæ* concinnari ſolent, ſed prudens & peritus Advocatus, quid dicendum veniat, proprio Marte facile reperiet, ut illas quidem imperiti & inexercitati Cauſidici ſaltem adorare ſoleant,

OB-

OBSERV. MCXVIII.

Legitime probentur) Exceptionum legitima probatio jure naturali requiritur. Quod autem reus litem negative (vel expresse vel implicite) contestari, ac exceptionem peremtoriam eo effectu adjicere possit, ut actor prius intentionem probare debeat, postea verò exceptionis probatio sequatur, ceu *AUTOR n. 2. 3.* ostendit, id ad fori corruptionem merito refertur, cum nullum alium habeat scopum, quam litis protelationem, vel enim exceptio *vera* est, tum actor inani probatione fatigatur, vel *frivola*, tum inani reprobatione tempus absumitur. Abusui huic non rectius occurretur, quam si nemini exceptionem peremtoriam opponendi facultas detur, nisi litem affirmative contestetur, seu actoris intentionem fateatur, tum enim Reus jura sua statim excutere debebit, &, si exceptionem frivolam intelligat, in sola negatione subsistet, quo casu, peracta actoris probatione, statim ad sententiam deveniri poterit, si vero eam validâm sciat, tum admissa actoris intentione, & secuta reprobatione, etiam sententia liti finem imponere poterit. OBSERV. MCXIX.

Replicatio) In definitione replicationis & duplicationis, frustra fit mentio *exceptionis & replicationis summo jure fundatæ*, sunt enim revera verba inania, nam an id, cui respondetur, *summo* aut etiam *valido jure* nitatur, vel absolute *injustum* sit, id hactenus nihil refert, sed unusquisq; litigantium causæ suæ servit, & quæ sibi proficua putat, adducit, à qua parte autem stet justitia, id eventus ostendit. Quare simpliciter dicendum, quod Replicatio sit *responsio ad exceptionem* & ita porro. Sed hæc ad genuinam cognitionem saltem, non usum forensem pertinent!

TIT.

TIT. II.
DE EXCEPTIONE REI JUDICATÆ.

OBSERV. MCXX.

HÆc est exceptio) Exceptio rei judicatæ ex lege naturali est, nam judicium legitimè per sententiam absolutoriam finitum, ostendit, quod reus vel non fuerit obligatus, vel culpa actoris liberatus, hinc si de novo conveniatur, ex jure libertatis se defendit, id autem probe excutiendum, quousque res judicata pertingat, & an alter revera ex causa, cui præjudicatum est, denuo agat, quod quidem ex communibus circumstantiis & indiciis intelligitur. Obligatio autem, qua summo jure Reus post absolutionem adhuc teneatur, frustra hodie asseritur.

TIT. III.
DE DIVERS. TEMP. PRÆSCR. ET DE ACCESSION. POSSESSION.

OBSERV. MCXXI.

NOn est exceptio stricte ita dicta) De hoc frustra laboratur, cum istius rei hodie nulla sit utilitas, ut aliquoties jam diximus. Præscriptionem quod attinet, ex qua hæc Exceptio oritur, jam ostendimus Observ. 1033. quod Præscriptio *rerum, jurium & actionum* frustra sibi opponatur. Interim ita vulgo fit, hinc supra *AUTOR l. 41. tit. 3.* existimavit, se agere de *præscriptione rerum*, sed in effectu ad *dominium & rei vindicationem* simul, respexit, eorumque intuitu requisita præscriptionis recensuit, sed ita, ut nonnun-

quam) docendi ratione minimè probanda) ad alia etiam jura delaberetur adeoque generalem præscriptionis doctrinam proponeret. Hic vero censet, se agere de *Præscriptione actionum*, verum *res* & *jura* quoque concurrunt, quod ex inductione singulorum exemplorum facilè apparebit. Interim doctrina hæc generalis est, dum tamen imago Præscriptionis Actionum, *AUTORI* illusit, hinc factum est, ut nihil nisi *lapsum temporis* & *bonam fidem* adduceret, cum tamen multarum actionum præscriptio, alia etiam requisita, ut *titulum, possessionem* ejusque *continuationem* requirant. Nobis singulorum jurium, actionum & rerum præscriptionem, cum suis requisitis, persequi, hic non libet, habet enim, aut saltem habere debebat unaquæque præscriptio in Jurisprudentia locum proprium, in quo cum requisitis expendi debet, minime verò de præscriptione agendum, quando exceptio præscriptionis refertur, sed tum potius ejus explicatio præsupponitur, interim pro *AUTORE* declarando, nonnulla adjicienda erunt.

OBSERV. MCXXII.

Regulariter XXX. annis) Hæc assertio ad consectaria falsæ hypotheseos, quâ peculiaris actionum Præscriptio subesse existimatur, meritò refertur, nam aliàs si *jura*, *res* & *actiones*, connexas supponas, non facile in eam sententiam devenietur, cum enim dominium, servitus & pignus diverso tempore, triennio, decennio vel vicennio, præscribantur, quis credat, omnes actiones reales 30. annis præscribi? Nec etiam vulgo assertio *AUTORIS*, aliter defendi potest, quam ut de casibus illis accipiatur, quibus ob defectum tituli aut bonæ fidei, præscriptio longi temporis locum non ha-

habet, ſed ita modus docendi improbari debet, dum ex caſibus ſpecialibus & rarioribus regula conſtituitur. Neque *d. l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* regulam dat, ſed potius agit de *termino ſubſidiario*, ea ſcilicet ratione, ut actiones reales, quæ ob defectum alicujus requiſiti, conſuetum præſcriptionis terminum effugiunt, tamen ultra *30.* annos vivere non debeant, ex quo adeo non regula, ſed exceptio conſtituenda erit, quamvis hæc, intuitu alius exceptionis, minus latè patentis, qua ſcilicet actio realis, ultra *30.* annos durat, regulæ cujusdam rationem habeat, ſed ideo ſimpliciter pro regula, etiam intuitu præſcriptionis actionum realium Ordinariæ, haberi non debet, verum diverſi reſpectus recte ſunt diſcernendi.

OBSERV. MCXXIII.

E. gr. publiciana in rem) Quæ de præſcriptione actionis publicianæ, inſtitoriæ, exercitoriæ *&c.* dicuntur, illa ex noſtris hypotheſibus facile intelliguntur, ſunt enim non novæ actiones, ſed actionum civilium nova ſaltem nomina, ut in loco proprio oſtendimus, hinc mirum non eſt, quod cum civilibus eandem habeant durationem. Quæ vero de actione reſciſſoria tam in genere quam in ſpecie docentur, illa etiam, recte ſunt intelligenda juxta ea, quæ de hac re ſuo loco diximus, nam nec actio reſciſſoria, nova actio eſt, ſed actio civilis à Prætore ſaltem conſervata, novoque nomine donata, habet tamen breviorem vivendi terminum, quia per alienationem, vel præſcriptionem ſtricto jure completam, jam erat imminuta & attrita.

OBSERV. MCXXIV.

Longiori quæ perpetuo vindicantur) Hanc ſententiam, quod quædam crimina plane non præſcri-

bantur, ex nonnullis textibus male intellectis esse exortam, ac ad alia crimina, quæ expressis vel æqualia vel majora videbantur, deinde extensam, bene docet *THOMAS. in differt.* de præscript. bigam. *hab. Lipf. 1685.* Nimirum apostasia nullo tempore præscribi dicitur in *l. 4. C. de apost.* sed præscriptio saltem negatur, quamdiu vivit Apostata, quia eo vivo delictum nondum est consummatum, sed tota die repetitur, atqui nunquam præscriptio currit, crimine nondum absoluto! hoc igitur apostasia cum aliis criminibus habet commune, quodsi verò Apostata mortuus sit, tum ab hoc tempore præscriptio incipit. Idem dicendum de supposito partu, nam hoc etiam crimen, quamdiu partus vivit, indies repetitur, hinc nulla præscriptio obtinet juxta *l. 19. §. 1. ad L. Cornel. de fals.* sed fac, partum esse mortuum, ab hoc tempore, illa locum inveniet. Denique in *l. 13. ad SCt. silan.* crimen parricidii semper accusari posse dicitur, sed id dici comparative intuitu præscriptionis quinquennalis, de qua ibi sermo est, contextus ostendit. Subducto igitur fundamento, extensio quam interpretes ad alia crimina fecerunt, corruit, & omnia *20.* annis præscribi poterunt. Nec etiam iniquitas aliqua subest, nam plerisque his criminibus pœna jure humano præstituitur, quam adeo contrario jure tolli posse, manifestum est, imo apostasia & hæresis ne quidem ab hominibus jure punitur, hinc eo magis præscriptio, qua injusta pœna excluditur, admittenda est, qua de re alibi pluribus agitur. Denique licet pœnam homicidii jure divino constitutam esse supponas, attamen illud tam rigide non videtur obligare, ut non post lapsum temporis satis longi, impunitas delinquenti queat concedi, nam

lex

lex ad uſum generis humani lata, ex utilitate etiam hominum eſt explicanda, hinc hactenus pœna imponi debet, ne publico velut permiſſu delinquatur, adeoque alii ad paria facienda alliciantur, ſed poſt lapſum tanti temporis, delictum olim commiſſum, vim movendi & incitandi, omninò amiſit. Quoad alia addeſis *DECIS. SAXON. 84. BERGER in reſolut. h. qu. 1.*

OBSERV. MCXXV.

Bona fides jure civili hic neceſſaria non eſt) Bonam fidem jure civili in quavis præſcriptione non eſſe neceſſariam, ſed, ut exiſtimo, requiri ſaltem eo caſu, quo per tertium quis in conditione præſcribendi conſtituitur, verum quidem eſt, ſed quod illa generaliter in præſcriptione actionum non requiratur, id utique falſum, & falſæ hypotheſeos, de peculiari actionum præſcriptione, conſectarium cenſeri debet; An non enim bona fides neceſſaria eſt, ſi quis rei vindicationem triennio, decennio vel vicennio præſcribere velit? Ipſe *AUTOR lib. 20. tit. 1. lit. C.* docet, quod actioni hypothecariæ longo tempore præſcribatur, extraneo *bona fide* poſſidente!

OBSERV. MCXXVI.

Reus enim nihil poſſidet) Quis credat hoc? an non ille poſſidet, qui rei vindicationi præſcribit? actio confeſſoria præſcriptione tollitur, ſi dominus prædii ſervientis poſſeſſionem libertatis obtineat: ut negatoria actio tollatur, opus eſt, quo quis in poſſeſſione ſervitutis conſtituatur, quod ipſe *AUTOR* in loco proprio, *lib. 8. tit. 1. 6.* agnovit. *IDEM lib. 20. tit. 1.* docuit, & *h. t.* repetiit, quod pro diverſitate poſſeſſoris, actio hypothecaria diverſum habeat durationis terminum. Si quis hæreditatem per *30.* annos poſſi-

deat, verus hæres præscriptione erit exclusus! Imo non absurdum est, si quis quoad ipsas actiones personales, sive ex contractu, delicto aut crimine eædem descendant, possessionem asserat; nam in Reo semper affectus aliquis est, quo is ab onere, cui subest, liberari cupiat, ex quo possessio libertatis perinde oritur, ac illa quoad servitutes affirmativas adest, quando dominus prædii dominantis, usum servitutis intermittit. Textus, quos *AUTOR* pro se allegat, nihil probare inspectio ostendit, imo si diserte possessionem negarent, attamen iis non crederem, est enim quæstio de rerum existentium veritate ac indole.

OBSERV. MCXXVII.

Requiritur autem jure Canonico & nostris moribus) De jure civili bona fides saltem videtur esse necessaria, quando mediante tertio præscriptio incipit, domino, quid agatur, omnino ignorante, v. gr. si res mea ab alio in tertium transferatur, aut possessor rei meæ alii servitutem in ea constituat. Ast si directe contra dominum ipsum vel creditorem illa incipiat, adeoque ab illo facile impediri queat, tum bona fides haut requiri videtur, cum inter casus illos magna sit diversitas, hinc non tantum quoad præscriptionem actionum & jurium personalium eadem non est necessaria, sed & præcise adesse non debet, si quis contra vicinum, servitutem, vel servitute constituta, libertatem, aut dominium utile vel directum ac simile jus, quod inter vicinos locum habere solet, sibi arroget *arg. l. 10. si serv. vindic.* Atque juxta hanc distinctionem, Jus canonicum, commode satis accipi, ac observantia Germaniæ restringi poterat, mera enim est superstitio, quando, positâ scientiâ, præscriptio locum habere non posse ex-

exiſtimatur, ſi enim debitori imputandum eſt, quod ſponte non ſolverit, majori jure creditori imputabitur, quod id, quod ſibi debebatur, non exegerit, maxime cum quemvis pro juribus ſibi competentibus vigilare oporteat, nec par ſit, aut ſaltem humanæ indoli non conveniat, ut eo nomine, â debitore quis admoneatur, ſed potius ex remiſſiori cura, conſenſus in juris amiſſionem, non immerito præſumatur. Interim contraria ſententia, qua bona fides in omni præſcriptione exigitur, fere prævaluit, quamvis illa non extra omne dubium poſita ſit, *vid.* BERGER *in reſolut h. qu. 1.* Inprimis non liquet, quomodo in præſcriptione Criminum bona fides locum invenire poſſit, cum potius ejus exactio, omnem præſcriptionem tollere videatur.

OBSERV. MCXXVIII.

Actor debet adverſarii malam fidem probare) Vulgo hoc ſaltem admittunt in præſcriptione longiſſimi temporis, sed in longi temporis, præſcribentem bonam fidem probare debere cenſent, *vid. CARZOV. d. l. D. 6.* Verum hæc poſterior ſententia haut admittenda eſt, ſed dicendum potius, quod hic etiam bona fides præſumatur, ac mala fides adeò ab allegante probari debeat, nam (1.) præſcribens aliter bonam fidem probare non poſſet, quam ſi ſe ad juramentum offerret, ſed talis oblatio eſt ſuſpecta, (2.) bona fides ſeu ignorantia homini naturalis eſt adeoque præſumitur, ſed ſcientia â facto dependet, hinc merito probanda, nec obſunt (3.) *pr. §. 2. J. de uſucap. l. 2. C. de long. temp. præſcript. l. un. verſ.* cum autem *de Uſucap. reform.* nam oſtendunt ſaltem, quod bona fides ad præſcriptionem requiratur, ſed de ejus probatione non agunt.

 OB-

Observ. MCXXIX.

Nam præscriptione hac ipsa actio perimitur) Utrum præscriptionem ipso jure tollere actionem, an eam stricto jure adhuc validam relinquere dicas, hodie nihil refert, ceu Observ. *1121.* jam admonui; Qui vero quæstionem eo vertunt, utrum post præscriptionem obligatio naturalis maneat, nec ne, illi ejus sensum mutant, nam ipsum jus, non opponitur obligationi naturali, sed mere civili. Interim certum est, quod etiam obligatio naturalis per præscriptionem tollatur, hæc enim imperii civilis est efficacia, *add. BERGER h. qu. 2.*

Tit. IV.

DE DOLI MALI ET METUS EXCEPTIONE.

Observ. MCXXX.

D*Oli exceptio est)* Hæc exceptio juris naturalis est, si enim quis me decipiat, dolo suo efficit, ne ipsi obliger, hanc igitur libertatem allegare & deducere licebit. Idem est, si jus efficax extinctum sit, & alter tamen id malitiose urgeat. Quæ vero de *summo jure*, quod hæc exceptio præsupponat, nec non de ejus distinctione, quod vel *generalis & specialis* sit, illiusque cum aliis exceptionibus *concursu* dicuntur, illa ad fori Romani carmina pertinent, quorum hodie nullus usus. Idem dicendum de doctrina, qua *contra successorem ex causa onerosa*, exceptio doli negatur, de quo actum ad *tit. de Hered. & action. vend.* Observ. *532.*

Ob-

OBSERV. MCXXXI.

Non excluditur replicatione doli) Hoc non est universale, sed tum locum habet, si exceptio doli bona, & replicatio frivola sit. V. gr. tu affers mihi nuncium falsum de pingui hæreditate oblata, ego tibi ob id centum promitto, sed postea malitiose assigno debitorem, qui mihi amplius nihil debebat. Cum nihil ab eo acciperes, contra me agis, ego oppono exceptionem doli, hic utique frustra replicabis, me quoque dolum in assignando debitore commisisse, nam dolus tuus erat injustus, ac obligationem impediebat, hinc valida est mea exceptio, quicquid vero ego egi, id stante tuo dolo, licitum est, nec tuum delictum excludit, hinc inanis est tua replicatio. Quodsi terminos invertas, ut exceptio doli sit frivola, sed replicatio justa, tum hæc illam utique vincet, qualem casum *AUTOR tit.* de Transact. *lit. E. a.* retulit.

OBSERV. MCXXXII.

Exceptio metus) Hæc etiam dubio procul jurisGentium est, nam ex negotio coacto nullum jus cogenti acquiritur, hinc contra ejus petitionem, se hac exceptione tueri licebit. Hoc etiam recte Romani docuerunt, quod contra tertium exceptio hæc sit efficax, cum eorum tamen hypothesibus id non satis cohæret, nam dolum in negotiis annullandis, esse metu potentiorem ipsi censent, & tamen exceptionem doli non indistincte contra successores dederunt, bene verò exceptionem metus!

OBSERV. MCXXXIII.

Eliditur replicatione metus) Imo verò non eliditur juxta casum *d. l. 12. §. 1. quod met. caus.* qui sane casui in *l. 4. §. 13. h. t.* quæ circa exceptionem & replicatio-

nem doli paulò ante allegata eſt, adeo ſimilis eſt, ut ovum ovo ſimilius eſſe nequeat, adeoque mirum ſit, iſtos textus probando diſcrimini allegari. Nimirum caſus eſt; tu me vi adigis, quo tibi promittam, ego te mox cogo, quo me liberes, tu agis, ego oppono exceptionem metus, tu replicas, me quoque vim adhibuiſſe, ſed fruſtra, cur? *quia vim* (injuſtam) *vi* (juſta) *repellere licet*, adeoque mea exceptio, quæ illam allegat, juſta, replicatio verò tua, quæ ad hanc provocat, frivola eſt. Quodſi vero caſum iterum invertas, tum aſſertio *AUTORIS* procedit; Talem adducit *STRYK in not. h.* ſi recte intelligatur. Tu mihi valide obligatus es, ſed inſtrumentum vi extorques, ego mox te, ad illud reddendum, vi nova adigo, tum ago, tu excipis de vi, ego replico, te prius vim adhibuiſſe, quo caſu utique vinco, & replicatio exceptionem elidit, quia illa juſta, hæc frivola eſt. Nihil igitur ſingulare hic ſubeſt, ſed ſeſe res habet, ſicut in omnibus exceptionibus & replicationibus, ubi id quod juſtum eſt, alterum, quod frivole opponitur, ſuperare debet, ut propemodum ineptum ſit, captare ejusmodi diſcrimina ac eo fine dicteria inculcare, quæ præjudiciis ac chimæris Tirones replent.

Tit. V.

QUARUM RERUM ACTIO NON DATUR.

Observ. MCXXXIV.

Hic dantur) Prima exceptio, quæ hic commemoratur, eſt juris naturalis, oritur enim ex pacto liberatorio, ſub conditione jurisjurandi inito. Secun-

cunda & tertia eſt ex lege civili, quæ actum aliàs valiturum improbat, adeoque facultatem contra illum excipiendi largitur, id tamen ſemper naturale eſt, ut ex jure tibi competente excipere poſſis. Qui autem in hoc Titulo *exceptionem non competentis actionis* fundari arbitrantur, illi utique falluntur, illâ enim locutione non peculiaris exceptio, ſed cujusvis exceptionis peremtoriæ vis & effectus indicatur, niſi igitur ſpecialis exceptio ſimul allegetur, illa locutio eſt inanis, & prudens actor Reum ita excipientem, ad reprobationem exceptionum admittere non tenetur, cum in rei veritate, nulla ſit ſuo tempore producta, adeoque nulla reprobatio locum habere queat, ut periculoſa ſit cautela, quando nonnulli eludendis articulis Actoris eliſivis, generalem actionis non competentis Exceptionem opponi, ac ubi ad Reprobationem perventum eſt, ſpeciales demum produci ac probari ſuadent, nam in perniciem Rei eadem retorqueri poteſt, *vid.* *ORD. PROC. SAXON. tit. 21. §. 4. BERGER diſput.* de articul. Eliſiv. *hab. Wittenberg. 1696.*

TIT. VI.
DE LITIGIOSIS.

OBSERV. MCXXXV.

Litigioſum eſt) Eſt quodammodo naturale, ne res litigioſa alienetur, lite enim mota, res dubiæ ſit conditionis, ut tam propria quam aliena cenſeri poſſit, hinc ab alienatione meritò abſtinendum. Hæc tamen lex poſitiva magis definit ac ſanctione pœnali munit. Quodſi igitur hujus legis ſpectemus (1.) *partem definitivam,* hoc cautum eſt, *ne res litigioſa alienetur*; ubi adeò quæritur, *quid ſit litigioſum lit. D. &*

non

non tantum actio, ratione actoris, res vero, ratione Rei, litigiosa fieri dicenda est, prout *AUTOR* philosophatur, sed potius utrumque, utroque respectu, vitium litigiosi contrahere existimandum est, cum actio & res sint subordinata ac se mutuo respiciant. Porro quæritur, *quando jura & res litigiosa fiant?* De quo *lit. C. n. 1. seqq.* an autem, quæ de Romana litis contestatione, vera sunt, adhuc hodie locum inveniant, & annon potius iste effectus, citationi hodie sit tribuendus, id omnino dubium est. Amplius, *quanam alienatio sit inhibita?* Voluntaria *lit. E.* Ulterius, *ad quos spectet prohibitio?* ad solos litigantes *lit. C. in fin.* denique, *quando cesset?* sublata lite *lit. C.* (2.) *partem Vindicativam* seu *sanctionem pœnalem*, illa sistit pœnam, quæ secus facientes maneat *tit. 2.* Hodie ipsa prohibitio adhuc obtinet, ipsa tamen pœna fortassis rarius infligitur.

OBSERV. MCXXXVI.

De dominio) Ut alienatio inhibeatur, rem oportet esse litigiosam ratione dominii, hinc si solum de pignore vel servitute lis fit, alienatio non impeditur. Quodsi vero actio personalis moveatur, quæ genus aut quantitatem persequatur, tum manifestum est, quod ratione Rei nihil litigiosum fieri queat, cum certum aliquod objectum haut debeatur, ast si certam rem v. gr. emtam petat, annon hæc erit litigiosa ad effectum impediendæ alienationis? Communiter hoc negant, *vid. PISTOR lib. 1. quæst. 40. n. 8. seqq. CARPZOV. p. 1. C. 32. D. 22.* Sed mihi contraria sententia verior videtur, nam actor, lite mota, jus agendi personale alienare nequit, quod vulgò concedunt, ergo ob paritatem rationis, nec Reus rem contro-

troverſam alienare poterit; accedit, quod ipſum etiam dominium hic controverſum ſit, emtor enim utique negat, quod res pleno jure ad venditorem pertineat, ſibique mediante traditione rei dominium adjudicari petit, nec obeſt *Nov. 112. c. 1.* nam lis de dominio ſubeſſe dicenda eſt, non tantum ſi quis rem ut ſuam vindicet, ſed &, ſi de conſequendo dominio laboret.

Tit. VII.
DE OBLIGATIONIBUS ET ACTIONIBUS.

Observ. MCXXXVII.

Obligatio hic eſt) Explicantur termini Obligationis, & Actionis, quæ res, ſi Jurisprudentia methodice excolatur, ad partem præliminarem pertinet, nam hactenus oſtenſum eſt, quomodo ex variis factis obligationes & actiones reſultent, quæ tractatio in ſequentibus etiam recurrit, hinc generalis harum rerum cognitio merito præſupponi debet. De cætero explicatio obligationis & actionis ex communibus principiis dependet, quæ autem Romani adjecerunt, illa ferè nullius hodie uſus ſunt.

Observ. MCXXXVIII.

Subjectum ſunt creditores & debitores) Sed hi late debent ſupponi, nam obligatio per univerſam Jurisprudentiam diffunditur, adeoque juri perſonarum, quod vocant, nec non juri reali etiam reſpondet, amplius circa crimina & pœnas eadem quoque occurrit, quibus reſpectibus termini creditoris, & debitoris prout communiter ſumi ſolent, locum non habent.

Observ. MCXXXIX.

Perſonam adſtringunt, non etiam jus iure transferunt)

runt) Hæc etiam locutio redolet præjudicium ex jure Romano haustum & satis ambigua est, interim sic explicari debet; obligatio & jus ad rem, quæ ex facto speciali oriuntur, afficiunt saltem certam personam, non vero rem ipsam nostram faciunt, ac contra quemvis effectum habent.

OBSERV. MCXL.

Et propter hanc jus civile quandoque dat actionem) Sed ita non est amplius obligatio mere naturalis, sed simul civilis, nec liquet, quid in hac subtilitate situm sit, si obligationem, etiam quatenus exinde actio datur, adhuc naturalem dicere velis.

OBSERV. MCXLI.

Civilis est vinculum juris civilis) Hæc obligatio merè civilis olim habuit effectum intuitu pactorum nudorum, cujus rei exemplum est in *l. 27. §. 3. de pact.* præterea in processu antiquo etiam usum habuit, nam ubi nulla penitus subfuit obligatio, nullitatem coram judice semper allegare licuit, ubi vero civilis, exceptio ei opponenda, & coram Prætore allegari, & formulæ inseri debuit, si quidem actio stricti juris esset. Hodie obligatio merè civilis, est nomen otiosum, nam licet adhuc discrimen subsit, utrum dicas, actum esse ipso jure nullum, an restitutione rescindendum, aut, compensatione ipso jure tolli obligationem, non per exceptionem, attamen illæ locutiones non indicant aliquam obligationis civilis efficaciam, sed solum docent, actum diverso modo posse esse invalidum, aut tempus sublatæ obligationis innuunt.

OBSERV. MCXLII.

Inventæ jure Gentium) Ejusmodi assertiones generales nihil significant, ut mirum sit, hujus generis contro-

troverſias inſtrui & agitari *vid. FIBIG.Col. leg. Diſp.13. ſemidecad. qu.1.* nam quædam jura & actiones ſunt ex lege naturali, quædam ex civili,id quod ex loco, cujusvis actionis proprio, repetendum. Illud certum, omnes actiones ex jure civili non eſſe, nec obſt. *l. 2. §. 6. de O. J.* non enim de *actionibus*, ſed *formulis* loquitur.

Observ. MCXLIII.

Ratione cauſæ efficientis remotæ) Hoc reſpectu actiones poſſent diſtingui in *naturales* & *civiles*,quamvis vix operæ pretium ſit,iſtas minutias conſectari, niſi uſum forte in eo quærere velis, quod illæ inter Status imperii germanici locum etiam habeant, hæ non, quod ratione non caret. Diviſio in *civiles* & *Prætorias*, exigui eſt uſus, nam ſingularum actionum duratio ſeorſim inveſtigari poteſt. Altera vero, quâ in *directas*, *utiles* & *in factum* diſcernuntur, ad proceſſum Romanorum antiquum pertinet, & hodie neque neceſſaria, neque utilis eſt.

Observ. MCXLIV.

Proximæ, in præjudiciales) Qui accuratiſſimè â *cauſa efficiente proximâ*, ſeu *jure*, actiones diſtinguere volunt, illi ita incedunt, ut eas vel ex *jure perſonarum*, vel *rerum* repetant, ſed ſi accurate res examinetur, jus perſonarum ad actiones proprias pertinet, adeoque ei nulla reſpondet obligatio in aliis, qua illi aliquid facere teneantur, hinc etiam ex jure perſonarum nunquam agimus. V. gr. libertas ad jus perſonarum pertinet, ex ea nihil ab alio petere poſſum, ſicut illud facere licet,quando ab aliquo quid ſtipulatus ſum, ſed illa ſolum pertinet ad directionem actionum propriarum. Quodſi verò alius, intuitu libertatis meæ, mihi

hi ſit moleſtus meque in ſervitutem dejicere velit, tum oritur actio præjudicialis, quæ adeo ex delicto, & perſonalis eſt, nec ex jure perſonarum, ſed jure ad rem ſeu perſonali deſcendit.

OBSERV. MCXLV.

In nativas) Vexata eſt diſtinctio actionum in *nativas* & *dativas, vid. BERGER in reſolut. h. FIBIG. Colleg. legal. diſput. 13. Semidecad. qu. 2.* Licet autem eandem ſuo modo defendi poſſe putes, attamen ejus nulla eſt neceſſitas vel utilitas, quemadmodum etiam non dubito, quin eadem ex turbidis rerum moralium principiis, ac præjudiciis Romanis dependeat, ut illa quidem facile carere poſſit Jurisprudentia.

OBSERV. MCXLVI.

Delicto, quales ſunt regulariter omnes) Doctrina Romana, qua actiones ex delictis, quatenus etiam damnum perſequuntur, in hæredes Rei tranſire negantur, ratione ſolida haut nititur, ac ab æquitate naturali abhorret, cum enim obligatio intuitu bonorum ſit conſtituta, merito ad eum, qui bona conſequitur, ſimul tranſire debebat, ac in univerſum juxta æquitatem naturalem de tranſitione ita dicendum eſt: actiones ex delicto, quatenus rem perſequuntur, *tranſire debent*, quatenus pœnam pecuniaram, *poſſunt*, ſi ita velit lex civilis, quatenus pœnam corporis afflictivam, *non debent.* Cum etiam nulla appareat ratio, quare iniquius Romanum jus, æquitati naturali præferendum ſit, hinc putem, actiones ex delicto rei perſecutorias, in Germania, in hæredes tranſire, quamvis hac de re variè ſentiant ſcriptores. Exſtat aliàs *Diſſertatio D. COCCEJI* de obligatione hæredis ex delictis defuncti *hab. Francoſurt. 1691.* in qua tamen hypotheſes ſub-

substratæ, non satis ad liquidum deductæ videntur, ac in nonnullis præjudicia Romana redolent.

OBSERV. MCXLVII.

Objecti qualitate in rei persecutorias) Divisio actionum, quæ ab objecti qualitate & quantitate desumitur, ex generalibus quidem principiis resultat nec mere Romana est, hodie tamen nullius videtur usus, cum omnes actiones sint tantum rei persecutoriæ (si unicum injuriarum æstimatoriam forte excipias, licet, & de ejus indole adhuc disputetur, ut suo loco videbimus) adeoque in simplum tendant, non quidem quod jus Romanum sit abrogatum, sed quod nunquam sit receptum, hoc enim ex constanti fori non usu, qui positivam rejectionem utique involvit, merito colligas, quem non turbant exempla rariora, nonnunquam forte intercurrentia, affectus enim Germaniæ, circa jura extranea admittenda aut rejicienda, ex eo, quod utplurimum accidit, non sententia unius aut alterius, præjudiciis Romanis in transversum forsitan acti, æstimandus est. Interim non omnium una hic est sententia, *vid.* **BERGER** *in resolut. h.* **THOMAS** *dissert.* de usu actionum pœnalium juris Romani in foris Germaniæ *hab. Hall.* 1693.

OBSERV. MCXLVIII.

A qualitate in bonæ fidei) Mero jure naturali divisio actionum, quod aliæ sint bonæ fidei, aliæ stricti juris, ignoratur, & potius omnes actiones sunt bonæ fidei i. e. tales, quæ, supervenientibus circumstantiis, recte sint, ex æquitatis præscripto, explicandæ. Romanorum igitur inventum est ista divisio, quæ quidem nulla necessariâ ratione nititur, sed ex corruptione fori Romani aliisque hypothesibus minimè necessariis, v. gr. de

pactis nudis, de *solo consensu ad contractus non sufficiente*, successive videtur invaluisse, quamvis vulgo ex *natura contractuum* eam fluere arbitrentur, *vid. BACHOV. de action. disp.6. §.2. FROMMAN disput. hab. Tubing. 1669.* de different. action. bonæ fidei & juris *§.3.* quod tamen haut persuadebunt, si naturam contractuum ex Jure gentium æstimemus.

OBSERV. MCXLIX.

Earum species omnes continentur in §. 28. J. de action.) De numero actionum b. f. magna est inter interpretes concertatio, sententia tamen *AUTORIS* communior est ac late defenditur à *BACHOV. d. disp. 6. §. 3. seqq.*, imo existimant aliqui, *JUSTINIANUM* pro autoritate numerum actionum b. f. in *d. §. 28.* definivisse, atque ita *magnum quid* præstitisse *vid. BECMAN disput. de differ.* action. b. f. & strict. jur. *habit. Jen. 1663. §. 23.* Verum arbitror & JCtos veteres, & *TRIBONIANUM* cum Collegis, numerum actionum b. f. ignorasse, adeoque nec nos illam quæstionem decidere posse, nam ex nullo solido fundamento distinctio illa invaluit, præterea, testante *d. §. 28. J. de action.*, de hæreditatis petitione olim dubitatum fuit, an actionibus bonæ fidei annumerari queat, hinc probabile est, JCtos ex formula Prætoris, successive observasse, quæ actiones sint bonæ fidei nec ne, ut tamen nunquam de earum numero fuerint certi; stante autem hac ignorantia, quomodo Compilatores numerum scivissent? In specie falsum putamus, quod *JUSTINIANUS* numerum definierit, hoc enim si rei fuisset propositum, dubio procul, more solenni, multis iisque inepte luxuriantibus encomiis, id fuisset prosecutus; memorantur constitutiones, quibus

bus actio ex stipulatu pro dote repetenda, & hæreditatis petitio, bonæ fidei actiones sunt declaratæ, qui silere potuisset *TRIBONIANUS* tantum facinus, quo universa actionum bonæ fidei cohors suam accepisset certitudinem?

OBSERV. MCL.

Stricti juris) In his magis adstricta quidem perhibetur esse judicis potestas, nec tamen ille ita rigide versatus est, ut omnes circumstantias neglexerit, quod vel solum actionis ex stipulatu exemplum docuerit, nam & in hac sæpe quæstiones sunt de æquo & bono, & culpæ ac moræ habetur ratio *l. 91. §. 3. de V. O.* occurrit quæstio facti, & id quod expressum non est, pro expresso habetur *l. 94. eod.* crebro tota res ad judicem seu virum bonum remittitur, qui in ejusmodi stipulatione *Ephesi dari*, habita ratione temporis, ætatis, sexus, valetudinis æstimet, quantum tempus ad explendam promissionem promissori sit concedendum & quando in mora fuisse censeri debeat *l. 137. §. 2. eod* ex quo, nisi fallor, legislationis Romanæ incertitudo & vitium, hac in parte, elucet.

2. De differentiis bonæ fidei & stricti juris actionum, res etiam valde incerta est, interim tamen nonnullæ commemorari solent, de quibus inprimis *BACHOV. de action. d. disp. 6. §. 17. seqq.* aliique interpretes videndi sunt, nobis enim rancidas illas Romanorum merces hic apponere non libet. De usu saltem distinctionis moderno videndum. Aliqui existimant, jure civili jam eam esse sublatam per *l. 1. C. de formul.* quod *SCHULZ in Synops. ad §. 28. J. de action. lit. T.* refellit. Quidam jus Canonicum illam sustulisse censent, quos rejicit *BACHOV. d. disp. 6. § 12.* Quic-

quid hujus ſit, hodie eam ceſſare puto, non quod ſit abrogata, ſed quod nunquam admiſſa, nam doctrina Romanorum (1.) nimis incerta eſt, ut haut probabile ſit, Germanos eam recepiſſe, inprimis cum (2.) antequam jus Romanum invaleſceret, haut dubie jure naturali uſi fuerint, quod in æſtimandis actionum circumſtantiis ſimplicisſimum eſt, hujus itaque jacturâ ut redimerent monſtroſa Romanorum dogmata, ejus quidem rei nulla adfuit cauſa, præterea (3.) differentiæ, quas commenti ſunt Romani, ſi probe expendantur, videntur fere ex antiquo proceſſu formulario & ex hypotheſi de pactis nudis eſſe exortæ, ſed utrumque illud præſuppoſitum Germania ignorat. In ſpecie differentiam, quoad juramentum in litem, non attendi docet *CARPZOV. p. 1. C. 23. D. 19.* diſcrimen, quod intuitu temporis, Judicatis dati, adſtruunt *vid. l. 3. pr. §. 1. de Uſur. BACHOV. d. diſp. 6. §. 20.* neceſſariò ceſſat, cum tempus illud hodiè non occurrat *vid. BRUNNEM. ad l. 1. C. de uſur. rei jud. PERETZ eod. n. 1. CARPZOV. Proc. tit. 25. art. 3. §. 2.* Denique differentia quoad uſuras ob moram præſtandas, eſt improbata per R. J. *1654. §. 174.* de anno 1600 *§. 139.* quæ diſpoſitio ob paritatem rationis in omnibus ſtricti juris actionibus admittenda eſt, *vid. STRYK in not. ad tit. de Condict. indeb. ad p. 207.*

OBSERV. MCLI.

Arbitrariæ ſunt) Hæ duplicis generis ſunt, nam (1.) ſi actio ſtricti juris alio loco, quam de quo conventum, inſtituebatur, tum *arbitraria* ac *actio de eo quod certo loco*, audiebat, ſed iſtas fori Romani ambages hodie ceſſare, ſupra ad Tit. *de Eo quod certo loco* oſtendi *vid.* Obſ. *385.* (2.) actio dicebatur arbitraria ab antiquo

quo

quo processu, quo judex pedaneus sententia interlocutoria rem restitui jubebat, ac reum contumacem condemnabat in quantitatem jurejurando in litem actoris, determinatam, *vid. BACH. de action. disp.* 7. *§. 6. seqq.* hæ actiones arbitrariæ in effectu videntur cum actionibus bonæ fidei coincidisse, nisi quod aliæ illud, quædam hoc nomen gesserint, interim ab aliis vanæ differentiæ conquiri solent, de quibus inprimis *BACHOV. d. disp.* 7. Cæterum hodie etiam actiones, sensu juris civilis arbitrarias, cessare, manifestum est, deficit enim processus ille antiquus & sententiæ, de re reddenda latæ, executioni dantur. Ergo in summa, omnes actiones hodie sunt, sensu juris Gentium, bonæ fidei vel arbitrariæ i. e. omnes, pro ratione circumstantiarum, recte & æquitati convenienter sunt explicandæ. Romana non alium habent usum, quam ut quæstionarii eorum intuitu, vanissimas lites instruere, in iisque prolixe agitandis, otio & ingenio abuti, nonnunquam etiam per ea circulos fori Germanici turbare queant.

LIB XLV. TIT. I.
DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.
OBSERV. MCLII.

Stipulatio est contractus) Hæc assertio quidem dubia non redditur per *l. 19. d. V. S.* quæ nimis stricte contractum accipit, generaliter tamen vera non est, nam stipulatio in se spectata, nihil aliud est, quam *solennis verborum conceptio*, qua consensum tam obligatorium, quam liberatorium exprimere possumus, ceu non obscure innuitur *l. 5. §. 1. de V. O.* hinc etiam

contractus nominatos, emtionem, locationem cæterosque, per stipulationem, i. e. verba solennia, celebrare licet, hactenus igitur stipulatio contractus non est. Amplius igitur videndum, num consensus liberatorius per verba solennia explicetur, hinc oritur *acceptilatio l. 27. § 2. de pact.* an pactum nudum obligatorium, inde existit *stipulatio* velut *peculiaris contractus verbalis*, hujus igitur consideratio cum doctrina generali de pactis coincidit, nisi quod in ea non tantum ad *consensum*, sed & *verba solennia* respiciatur. Hodie hæc non sunt necessaria, sed pactum & stipulatio synonymicè accipiuntur, adeoque explicatis pactis, de stipulationibus non amplius agendum est.

Observ. MCLIII.

Quod regulariter in omnibus obligationibus observatur) Sed sine prægnante causa, quid enim interest, sive ab initio consentias, quo quis tuo nomine contrahat, sive contractum ab alio celebratum, ex postfacto acceptes? hinc etiam hanc dispositionem Romanam, Germani non receperunt, sed tertius valide alterius nomine, & sine ejus consensu, paciscitur, resque habet exitum, si is, cujus gratia pactum celebratum, id acceptet *vid. BERGER in not. h. qu. 2.*

Observ. MCLIV.

Nam adjectus non potest acceptum ferre vel compensare) Imo utrumque potest, de compensatione dubium non est, quid enim refert, utrum adjectus creditori præstet, quod solutione accepit, an quod compensatione retinuit? nec obstat *d. l. 10. de solut.* nam compensatio est etiam solutio. Quod verò acceptilationem attinet, hactenus quidem per eam debitor liberari nequit, ut creditor nihil consequatur, atque hoc

sensu

ſenſu illa ſaltem in *d. l. 10.* fieri poſſe negatur, ſed ita tamen fieri poteſt, ut debitor liberetur, ſed adjectus de ſuo ſatisfacere creditori debeat, nec habebit hic contra illum regreſſum, licet adjectus ſolvendo non ſit, nam arbitrium, debitorem volentem liberandi, ſeque ejus locò ſubſtituendi, adjecto eſt voluntate creditoris conceſſum.

TIT. II.
DE DUOBUS REIS CONSTITUENDIS.

OBSERV. MCLV.

DUo rei credendi) Tractatio hæc generalis eſt, pertinetque ad omnia jura & obligationes adventitias, quæ ex facto obligatorio deſcendunt, quæque pluribus acquiri aut imponi debent. Nimirum poterunt jura ac obligationes pluribus vel *ſimpliciter pro rata acquiri & imponi*, quod quidem regulariter obtinet adeoque in dubio præſumi debet, vel ita ut *iis pro rata quidem etiam inhæreant, ſingulis tamen electivè facultas exigendi competat, ac ſolvendi neceſſitas incumbat*, inde oriuntur *correi credendi & debendi.*

2. Accuratè igitur loquendo, Rei credendi ſunt, *quibus una res pro rata debetur, ſed ita, ut ſinguli elective totam exigere queant*, Debendi vero, *qui eandem rem pro rata debent, ſed ſinguli pro lubitu creditoris, totam præſtare tenentur.* Pertinet igitur qualitas correalis, non ad *ipſa jura & obligationes*, quæ utique pro rata ſolum pluribus competunt ac inhærent, ſed ad *exactionem & ſolutionem*, quam unusquisque facere poteſt, vel quæ ab eo fieri debet. Reſpicit autem illa qualitas utilitatem creditoris, dum actio â ſingulis, aut in ſingulos inſtitui poteſt, ac adeo correo credendi, in ſoli-

solidum agenti, non potest opponi exceptio illegitimationis, seu ab eo exigi mandatum vel cautio rati, ratione socii seu correi.

3. Vulgo qualitatem correalem ad ipsa jura & obligationes referunt, adeo ut una quidem res, sed singulis, aut à singulis, in solidum debeatur, quod *AUTOR* etiam non obscure sequitur, sed illa sententia & sibi contradicit (si enim pluribus, aut â pluribus res in solidum debetur, tum non una, sed plures res sunt in obligatione) & falsas, circa jus & obligationem Correorum, parit conclusiones, prout ex sequentibus apparebit.

OBSERV. MCLVI.

Constituuntur) Constitutio Correorum naturalis est, iis tamen in casibus, ubi expresse illa non peragitur, ut in quasi contractibus & delictis, præcipue culposis, interpretationi legis civilis multum relictum est. In specie recte dicitur, verbis expressis non esse adjiciendum, duos reos constitui, sed sufficere, si hoc ex formula appareat, nec obstat *Nov. 99.* agit enim saltem de *animo* plures reos constituendi, non de *modo* animum declarandi, *illum* requirit, *hunc* vero minimè præscribit.

OBSERV. MCLVII.

Correus credendi lit. E.) Circa correos credendi duæ quæstiones occurrunt (1.) *quid unicuique liceat intuitu debitoris?* deinde (2.) *ad quid sibi invicem obstringantur correi?* quarum quidem decisio etiam naturalis est, cum ex consensu, quo constitutio peracta, fluat. Interim Romani constitutionem non recte per omnia videntur æstimasse, hinc etiam ea, quæ de jure & obligatione correorum dicunt, nonnunquam dubia aut falsa, vel saltem hodie non obtinere videntur.

OB-

OBSERV. MCLVIII.

Potest exigere debitum) De jure correi credendi, intuitu debitoris, juxta naturam negotii & æquitatem naturalem, breviter dicendum, quod ille hunc quovis modo, oneroso & gratuito, ab obligatione in solidum liberare queat, salvo jure alterius correi quoad regressum. In doctrina Romana rationem non habet (1.) quod acceptilationem & novationem illi separaverint, si enim Reo credendi, modo gratuito licet obligationem extinguere, cur non etiam per novationem unicè in se transferre? id quod etiam quibusdam placuisse videtur, nam pugnam inter *l. 27. pr. de pact. & l. 31. §. 1. de novat.* non, nisi inepte, tolli posse censet *BACHOV. ad Tr. V. 2. D. 27. th. 9. lit. D.* teste *EKHOLTO ad ff. de novat. §. 4.* (2.) quod delationem juramenti, & pactum simplex ac compromissum, quoad effectum distinxerint, nam illa perinde pactum est, atque istud & hoc, hinc si per illam liberari potest debitor, nulla apparet ratio, quare per istud & hoc itidem liberatio ei contingere nequeat? (3) quod acceptilationem & pactum liberatorium eodem loco non habuerint, nam utut illa, ex hypothesibus Romanis, fortius operetur in annullanda obligatione, attamen hoc etiam suo modo eandem tollere aptum est, hinc omnis vis eidem hic non erat neganda. Ausim igitur dicere, quod hodie Romana illa attendi non debeant, sunt enim & incerta, & ab indole negotii abhorrent, nec illicitum erit, in iis, quæ naturalia sunt, â placitis Romanorum abire, illud certum, quod discrimen acceptilationis & pacti liberatorii, hodie cesset.

Observ. MCLIX.

Neque quod unus accepit, alteri communicare debet) Ex natura negotii omninò debet, aut si modo gratuito debitorem liberaverit, de suo partem ratam alteri præstare tenetur. Sententia contraria ex eo ortum habet, quod qualitatem correalem, ad *ipsum jus* pertinere existimaverint, cum tamen ad *ejus exactionem* solum spectet, ceu Observ. 1155. ostensum; Interim varie eam limitant, sed satius est, illam, velut â naturâ negotii abeuntem, plane rejicere.

Observ. MCLX.

Singuli in solidum possunt conveniri) Circa correos debendi, itidem duplex quæstio occurrit (1.) *ad quid singuli creditori teneantur?* quæ recte hic deciditur (2.) *an solidum solvens, partem ratam â cæteris possit repetere?* quod omnino ex natura negotii dicendum, nam partim pro se solvit, partim pecuniam pro aliis expendit, vulgo tamen ex falsa hypothesi dissentiunt, circa quam repetenda, quæ modo diximus.

Observ. MCLXI.

Neque hic locum habet excusio.) Contrarium defendit *CARPZOV. p. 2. C. 18. D. 10.* quam sententiam & æquitati consentaneam & in praxi receptam dicit *Dn. BERGER. in resolut. qu. 4.* quod eo magis admittendum, quo minus rationes sententiæ alterius, sunt validæ, nam ex *l. 5. C. si cert. pet.* nihil aliud colligitur, quam reos debendi obligari in solidum, quo ipso ordo, quem æquitas certo casu præcipit, non negatur, in *l. 4. C. h. t.* non ordo, sed totalis saltem liberatio, correis nihil accipientibus, abjudicatur.

Observ. MCLXII.

Non etiam unius compensatione) Hoc solum dicitur

citur in *d. l. 10. h. t.* quod correus debendi conventus, ex alterius correi persona, compensationem opponere nequeat, nisi sit socius, ast si conventus ex propria persona, compensationis exceptione objecta, liberationem obtinuit, tum alteri, deinceps forte convento compensatio olim facta perinde prodest atque solutio, vel alius tollendi obligationem modus, hoc respectu igitur *AUTORIS* assertio non procedit.

OBSERV. MCLXIII.

Unius mora non nocet alteri) Distinguendum est, utrum *mora aut factum alterius, novam obligationem producat* v. gr. ad usuras solvendas, an *obligationem constitutam saltem mutet* v. gr. si ob rem promissam, culpa aut mora alterius peremtam, æstimatio præstari debeat. Prius factum non nocet alteri, quia in novam obligationem non consensit, ast posterioris incommodum alter sentit, quo pertinet obstans *l. 18. h. t.* quia in obligationem principalem consensit, ejus verò objectum alterius facto saltem mutatur, hinc accurate loquendo, alterius factum alteri non nocet, sed alter, facto licet alterius interveniente, sub obligatione, quam semel suscepit, manet, quæ omnia naturalia esse facile liquet.

OBSERV. MCLXIV.

Adjici potest) Hæc etiam disquisitio naturalis est, nam *diversitatem obligationis temporariam* cum qualitate correali posse consistere, non verò *perpetuam*, ex ratione communi patet, hinc licet consuetæ clausulæ adsint, si tamen diversitas perpetua reperiatur, correi non sunt, horum enim obligatio debet esse æqualis, cui adeo illa refragatur. Quod tamen diversitas quoad præstationem doli & culpæ, qualitatem correa-

realem excludat, juxta *l. 9. §. 1. h. t.* id magis positivum, quam naturale est, nam ea non obstante, æqualitas quoad obligationem primitivam & principalem manere potest.

LIB. XLVI. TIT. I.
DE FIDEJUSSORIBUS ET MANDATORIBUS.

OBSERV. MCLXV.

Fidejussio) Hodie est contractus consensualis, & quæ *AUTOR* (1.) de ejus *natura* differit *lit. D.*† *C. S. P. O.* nec non (2.) de *officio agentium lit. E.* ac (3.) fidejussionis *duratione lit. C.* proponit, illa sunt juris Gentium, si pauca excipias, quibus habilitas personarum specialius definitur, aut voluntas agentium certius determinatur, quæ juri Romano adscribi debent.

OBSERV. MCLXVI.

Obligatur fidejussor lit. E.) Quæ de obligatione fidejussoris nec non ejus beneficiis dicuntur, illa omnia ex natura negotii repeti, adeoque pro naturalibus decretis haberi possunt, lex civilis saltem vel certius illa declaravit, vel verum negotii sensum restituit. In specie recte dicitur, quod fidejussor, qui ad certam summam se obstrinxit, ad usuras non teneatur *n. 1. h.* deficit enim consensus, & licet debitor principalis in mora sit & hæc hodie obligationem ad usuras parere soleat, attamen hoc verum saltem est ratione morosi, vel ejus qui in omne illius factum se obstrinxit, in nostro autem casu id fidejussori non nocet, cum non pro quovis debito, sed certo saltem, se obligaverit, nec factum alterius novam obligationem ei invito impingere

gere

gere queat, ex quo liquet, quod hoc omninò etiam hodie obtineat, quod aliis non videtur, *vid. STRYK in not. b.* De cætero illi doctrinæ non obest *l. 88. de V. O.* nam mora debitoris nocet fidejussori ad *obligationem principalem perpetuandam & commutandam*; non verò ad *novam ei imputandam*, nam in prius consensit fidejussor, sed non in posterius *vid.* Observ. *1163.*

OBSERV. MCLXVII.

Condictio certi) Hodie etiam actio illa, dici potest *condictio ex moribus*, sed de hoc parum laborandum. Vice versa autem Creditor fidejussori ex contractu fidejussionis, utpote unilaterali, non obligatur, ex æquitatis tamen præscripto, actiones vel contra debitorem principalem, vel fidejussorem competentes, tempestive movere debet, ne ex dilatione damnum sentiat fidejussor, morosus igitur creditor ad agendum meritò urgetur, quam æquitatem sibi reperisse visi sunt interpretes in *l. 28. h. t.* hinc prodiit decantatum *remedium* ex *l. si contendat*, quod adeo meri juris Romani censeri non debet.

OBSERV. MCLXVIII

Non etiam post solutionem) Sepositâ autoritate, contraria sententia magis defendi potest, nam ratio, *quod solutione actio sit extincta, adeoque nihil cedi queat*, retorqueri potest, si enim solutio actionem extinguit ac cessionem impedit, necessariò olim factam enervat, ac inanem reddit, hinc nec ante nec post eam, cessio fieri poterit! Falsum igitur est, quod solutio actionem extinguat, nam fidejussor, intuitu debitoris principalis, accessoriè, confidejussoris, pro rata saltem obligatur, quando igitur solidum solvit, primo respectu, debitum simpliciter, secundo verò, pro parte alienum

num præstat, hinc creditur quidem nihil amplius exigere potest, sed actiones ideo non extinguuntur, sed alii venduntur, hinc emtori cedendæ, ac documenta necessaria tradenda sunt. Atque hæc sententia merito præferri alteri debet, cum & in praxi recepta sit & Romani hac in parte sibi non satis consliterint, nam *l.36. h. t.* cum *l. 76. de solut.* recte conciliari non posse videtur.

OBSERV. MCLXIX.

Contra fidejussorem actionem nullam habet) Sed hoc ex falsa hypothesi, qua correi debendi, in solidum obligati censentur, quæque in *l. 39. ff. & l. 11. C. h. t.* etiam occurrit, procedit, quodsi autem correos saltem pro rata obligatos supponas, juxta notata Observ. 1155. tum fidejussor omnino etiam ex proprio jure partem ab altero repetere poterit, quo casu etiam expensas cum ratione factas, pro rata recuperabit.

OBSERV. MCLXX.

Si vero simpliciter se quis obligavit ad certum tempus, eo elapso non liberatur) Contrarium verius est, nam res eodem recidit, sive simpliciter te ad certum tempus obliges, sive insuper protestationem addas, utroque enim casu animus restricte se obligandi satis apparet. Non obsunt textus citati, nam *l. 10. C. l. 38. §. 1. ff. mand. t. fin. X. h. t.* huc non pertinent, cum saltem doceant, quando fidejussor contra debitorem agere queat. In *l. 7. C. de locat.* proponitur casus, ubi quis fidejusserat pro eo, qui in quinquennium vectigalia conduxerat, diciturque quod ratione istius summæ, etiam ultra id tempus fidejussor teneatur, sed inde nihil pro *AUTORE*, neque enim quinquennium adjectum est, ut determinet *durationem obligatio-*

tionis, ſed ſaltem *quantitatem debitam*, obligatio verò tam ratione debitoris principalis, quam fidejuſſoris, pura & perpetua eſt, mirum itaque videri non debet, ſi eadem ultra tempus, quantitati determinandæ adjectum, duret. Aliud igitur eſt: *intuitu ſummæ puræ, ad tempus*, & aliud: *intuitu ſummæ, per tempus determinandæ, purè fidejubere*, ibi tempore elapſo ceſſat obligatio, hic non.

TIT. II.
DE NOVATIONIBUS ET DELEGATIONIBUS

OBSERV. MCLXXI.

NOvatio) Eſt actus mixtus vel duplex, prior enim obligatio eodem tollitur, ac nova conſtituitur, hinc pertinet ad pacta, quæ diverſo reſpectu liberant & obligant. Poſſe autem tale quid ab omnibus gentibus fieri, adeoque novationem eſſe juris Gentium, manifeſtum eſt. Quæ Romani adjecerunt, hodie fere ſunt ſine uſu, nam (1.) voluerunt, ut in litis conteſtatione ſit novatio, vel ſaltem quaſi contractus *lit. D.* ſed hodie illam, ſola contradictione quoad cauſam principalem, abſolvi, plane exiſtimo (2.) verba ſolennia jure Romano requiruntur, verum hodie ſolum conſenſum ſufficere, docet *AUTOR lit. C.* nec id (3.) alicujus eſt uſus, quod obligatio *ipſo jure* tolli dicatur *lit. E.* nam ſive ipſo jure, ſive ope exceptionis eam tolli dicas, res eodem hodie recidit.

OBSERV. MCLXXII.

Siſtantur uſuræ obligationis in judicium deductæ) Non ſtatim hoc ſit, ſed demum poſt rem judicatam, tum enim per quadrimeſtre ſpatium, quod judicatis ſolu-

solutionis faciendæ causa indultum est, usuræ non currunt, *l. fin. C. de exec. rei jud.* quodsi vero, eo elapso condemnatus adhuc sit in mora solvendi, tum debet centesimas usuras præstare *l. fin. C. de usur. rei jud.* sed hodie neque quadrimestre spatium, neque immunitas ab usuris consuetis, neque usuræ centesimæ sunt in usu, sed consuetæ potius usuræ currunt, donec victor suum consecutus fuerit *vid. BRUNNEM. ad l. fin. C. de execut. rei. jud. l. 1. C. de usur. rei. judic. STRUV. S. J. C. exerc. 44. §. 16.*

Observ. MCLXXIII.

Tum dicitur delegatio) A qua differt (1.) *assignatio*, quando debitor creditori suo alium solutionis causa assignat, hæc priorem debitorem non liberat, debet tamen creditor, qui assignationem admisit, tempestive exigere aut assignationi renunciare, alias periculum debiti assignati ad ipsum pertinebit, *vid. DECIS. SAXON. 66.* (2.) *cessio:* generalis autem differentia est, quod delegatio sit novus actus obligatorius, ex quo adeò novum jus & obligatio fluit, sed cessio jus antiquum saltem in alium transfert. Exinde sequitur, (1.) quod etiam non debitor, queat delegari, sed cessio semper prærequirit debitorem (2) delegatus non possit amplius deleganti solvere, sed debitor cessus, ante denunciationem, cedenti rectè solvit (3.) cessio sine consensu cessi fieri queat, sed delegatio consensum delegandi necessariò requirit (4.) debitor cessus eandem exceptionem opponat cessionario, quam cedenti, verum delegatus delegatario opponere nequit, quod deleganti opposuisset (5.) delegatio semper fiat in solutum ac à debitore, sed cessio aliquando fit in solutum, quando scilicet cedens cessionarii debitor est,

est, aliquando non, dum titulo habili debitum alienatur.

Observ. MCLXXIV.

Neque hoc in casu ullibi requiruntur præcise verba) Hæc sententia omninò rationem habet, nam delegandi actus, novandi animum per se satis involvit, nec obstat *l. fin. C. h. t.* nam non loquitur de *delegatione*, sed *novatione*, quæ per *adjectionem* vel *mutationem fidejussoris* facta est, ceu totus contextus ostendit, ut fluctus omninò in simpulo moveant, qui controversiam hanc Imperiali decisione egere arbitrantur, quorum meminit *CARPZOV. d. l.* In Saxonia tamen Electorali diserta expressio etiam in delegatione videtur necessaria *DECIS. SAXON. 66.* nisi forte dicendum sit, eam saltem circa assignationem requiri, ut illa scilicet pro delegatione haberi nequeat, nisi peculiaris expressio accesserit, aliud vero obtineat, si ex ipso actu delegationis, animus novandi satis appareat.

Observ. MCLXXV.

Obst. l. 72. §. 1. de solut.) Quid ex hac *AUTOR* sibi objiciat, non satis liquet, nisi forte verba finalia: *Offerentem postea liberari* huc trahere velis, sed infirma erit consequentia; *si oblatione mora purgatur, ergo non etiam novatione!* Alias *d. l. 72. §. 1.* sententiam *AUTORIS* confirmat, dum moram etiam novatione conditionali, & ob defectum conditionis, invalidâ purgari docet, quod tamen, nisi fallor, in *l. 31. pr. h. t.* negatur. Casus hic est. Debet mihi quis servum ac in eo tradendo moram commisit, post moram, animo novandi, eundem servum sub conditione stipulor, qua pendente, servus decedit, quæritur quid existen-

te conditione petere liceat? Ex sententia *d. l. 72. §. 1.* nihil peti potest, nam novatione conditionali mora purgata est, ac servus postea sine facto promissoris decessit, sed ex decreto *d. l. 31. h. t.* novatio moram non purgavit, verum utramque potius obligationem & ad servum præstandum, & ad æstimationem ob moram solvendam, renovavit, hinc servo mortuo, existente conditione, ultima obligatio se exserit. Mihi non alia conciliandi ratio nunc suppetit, quam ut *d. l. 31.* de casu speciali, ubi hoc actum sit, accipiamus.

TIT. III.
DE SOLUTIONIBUS ET LIBERATIONIBUS.

OBSERV. MCLXXVI.

Solutio) Pertinet hæc ad impletionem obligationis, quæ ex contractu vel delicto resultat, & poterunt quidem quævis res debitæ solvi, præcipuè tamen ad pecuniam numeratam solutio pertinet. De cætero uti eadem apud omnes homines occurrit, ita doctrina Romanorum maximam partem naturalis est, nam ad solutionem faciendam personæ habiles requiruntur, quid autem & quo modo solvendum sit, id ex ipsa obligatione judicandum, denique effectus solutionis naturalis est, quemadmodum ejus probatio, ex æquitatis præscripto est necessaria.

OBSERV. MCLXXVII.

Nisi procurator ille furandi animo pecuniam acceperit) Hæc subtilitas Romana hodie est otiosa, cum res eodem recidat, sive debitorem ipso jure, sive ope exceptionis liberatum dicas, & erat quodammodo ini-

iniquum, ex diversa procuratoris falsi intentione, ignorantis debitoris obligationem æstimare, sed commentum commento eluserunt Romani, dum debitorem stricto quidem jure adhuc obligatum, mediante exceptione liberari existimarunt.

OBSERV. MCLXXVIII.

Differt. Carpz. p. 2. C. 11. D. 45.) Pertinet hoc ad jus positivum Romanum. De cætero dissensus *CARPZOVII*, si recte rem assequor, in eo positus est, quod dicat debitorem pupillo cum Tutoris autoritate solventem, liberari quidem ipso jure, at pupillum restitui in integrum, sed *AUTOR* solutionem ipso jure nullam contendat, cujus quidem rei diversitas in duratione remediorum consistit, nam remedium restitutionis breviori tempore circumscribitur, quam nullitatis. *vid.* Observ. 123. *add. BERGER in resolut. h. qu. 3.*

OBSERV. MCLXXIX.

Res debitas ipsas lit. O.) Hoc utique exigit obligationis rigor, sed ab eo nonnunquam humanitas & lex positiva discedere jubent, sic in Saxonia pupillus debita activa in solutum dare potest, modo potentiorem non respiciant *vid. DECIS. SAXON. 64.*

OBSERV. MCLXXX.

Pecunia tamen in alio nummorum genere solvi potest) Si rem recte expendas, non potest, nam æqualitas pecuniæ, inprimis etiam æstimanda ex *materia* & *forma*, in quibus insigne commodum vel incommodum consistit, præcipuè si summa major solvenda sit, hinc æquitas illarum circumstantiarum rationem haberi quoque jubet. Vulgaris ratio, quod in pecunia, non substantia, sed valor attendatur, quorsum etiam colli-

mant textus citati, eſt nullius momenti, ſupponit enim illud de quo quæritur, ac ex eâ plura abſurda ſequuntur, nam ſi ex valore æqualitas æſtimanda, tum ſufficiet qualemcunque monetam ſolviſſe, inſuper habita bonitate intrinſeca ac valore antiquo, quemadmodum etiam ſatis erit, diverſum genus, v. gr. pro pecunia vinum, vel pro vino oleum, præſtitiſſe, nam in his omnibus valor ad æqualitatem redigi poteſt! Interim contraria ſententia obtinet, cum tamen ejus iniquitas latere nequeat, hinc varie eam limitare ſolent, quibus limitationibus opus non eſſet, ſi vera ſententia obſervaretur *add. HUB. in poſit. ad J. quib mod re contr. obl. n. 10.*

OBSERV. MCLXXXI.

Obligatio extinguitur ipſo jure; Ipſum jus, quatenus peculiarem extinguendi modum notat, eſt hodie nomen otioſum, & *AUTOR* committit fallaciam cauſſæ, quando inde deducit, quod exceptio ſolutionis, ingreſſum litis impediat ac chirographum condici queat, prior enim effectus eſt ab exceptionis *evidentia*, poſterior verò ab *ipſa obligationis extinctione*, non ejus *modo*. Porro certum eſt, quod ſola confeſſio Creditoris ſuper ſolutione ſibi facta, debitorem ſecurum reddat. *vid. BERGER h. qu. 3.* ſed nec hoc deducendum eſt ex eo, quod obligatio ipſo jure ſit ſublata, verum ſimpliciter ex eo, quod obligatio ſit extincta.

OBSERV. MCLXXXII.

Obſt. l. 38. §. 2. l. 43. de ſolut.) Recte dicitur, quod fidejuſſore ſolvente, obligatio omnis, ratione Creditoris, ſolvatur, nam utraque obligatio, principalis & acceſſoria, idem reſpiciunt objectum, hinc eo ſublato utraque exſpirat, Non obſtat *l. 38. §. 2. de ſolut.* (nam hanc *CARPZOV. d. l.* allegat, licet *Dn. BERGER*

qu. 4. maluerit huc referre *l. 28. mand.*) verba enim finalia: *quod ille suo nomine pecuniam indebitam dando, repetitionem ejus haberet*, cum casu qui præcedit, huc non quadrant, fidejussor enim non *suo nomine indebitam pecuniam* dat, sed *debitam* potius *suo* & *debitoris nomine* solvit, hinc ratione Creditoris uterque liberatur, licet debitor, intuitu fidejussoris, obligatus maneat, de quo dixi Observ. *1168.* Porro non obest *l. 43. de solut.* nam à confusione, quæ circa fidejussoriam obligationem contingit, ac objectum obligationis principalis non aufert, ad solutionem inferre non licet, quia hæc objectum plane tollit, adeoque necessario omnem obligationem, intuitu Creditoris, perimit.

TIT. IV.

DE ACCEPTILATIONE.

OBSERV. MCLXXXIII.

Acceptilatio) Possumus etiam obligationes *consensu gratuito* remittere, quale pactum liberatorium, dubio procul juris Gentium est. Sed Romani isti pacto circumposuerunt *habitum acceptilationis*, dum per verba solennia illud celebrari voluerunt, hinc multa singularia vel sequuntur vel alias adjiciuntur. Ex hoc genere est (1) fictio, qua solutio subesse fingitur (2) quod acceptilatio sit stipulatio (3) juris civilis (4) quod immediate à debitore & creditore fieri debeat (5) solas obligationes verbales tollat (6) novationum ambagibus, quibus creditor, debitor aut obligatio mutetur, opus sit, quod (7) obligationes extinguat ipso jure (8) diem & conditionem non recipiat. Verum in Germaniâ omnia illa Romana cessant ac merum jus na-

naturæ obſervatur, adeò ut pactum de non petendo, acceptilatio, condonatio ac remiſſio apud nos ſint ſynonyma.

OBSERV. MCLXXXIV.

Non eſt ſtipulatio -- -- obſt. l. 27. §. 2. de pact.) Si per acceptilationem, ipſum conſenſum liberatorium, adeoque actus hujus ſubſtantiale, per ſtipulationem autem verba ſolennia, vel abſtractive, vel cum negotio obligatorio ſpectata, intelligas, tum verum eſt, quod acceptilatio non ſit ſtipulatio, ſed cum frequenter pactum obligatorium, verbis ſolennibus declaratum, ſtipulationem dicamus, eodem jure conſenſum liberatorium, verborum ſolennitate ſtipatum, i. e. acceptilationem, dicemus ſtipulationem, id quod obſtans *l. 27. §. 2. de pact.* ſatis etiam innuit, ut aſſertio *AUTORIS* abſolute non procedat. Hodie controverſiæ hujus nulla eſt utilitas.

OBSERV. MCLXXXV.

Cauſa eſt jus civile -- -- obſt. l. 8. §. fin. h.) Acceptilatio dicitur juris Gentium, vel intuitu conſenſus, quo conſtat, vel eo ſaltem ſenſu, quod linguam peregrinam addmittat, quod quodammodo ſingulare exiſtimari poteſt, nam alias id non temere admiſſum à Romanis, utpote qui ut omnia ſua, ita & linguam, uſu ejus late ſparſo, extollere conabantur *vid BROIDÆ. ad Pollet. hiſtor. for. Rom. l. 5. c. 15. in fin.* Hoc igitur jus Gentium nihil aliud eſt, quam jus civile ad peregrina extenſum.

OBSERV. MCLXXXVI.

Solenni oblatione) Oblatio, obſignatio & depoſitio pecuniæ, eſt inſtar ſolutionis, hinc iisdem quoque regulis, ſive perſonas offerentes, & quibus offertur, ſive rem

rem offerendam ſpectes, dirigitur, quia tamen, ob tergiverſationem creditoris, apud alium res deponenda eſt, hinc eam iniri jubet rationem æquitas, ut & debitor â ſuo onere levetur, & creditor quærendi cauſam non habeat, quæ jus Romanum certius definivit *add. DECIS. SAXON. 27.*

OBSERV. MCLXXXVII.

De oblatione verbali& reali, ſed minus ſolenni) Hæc moram hactenus purgat, ut periculum rei, quæ perire poteſt, ad debitorem amplius non petineat, uſuras verò licet ex mora debitas, non ſiſtit, nec ſolvit antichreſin, licet multi, ac in ſpecie *HUBER in poſit. ad J. quib. mod. toll. oblig. n.* 43. ultimum ex *l. 11. C. de uſur.* adſtruant, nam ibi non de ſimplici oblatione, ſed eâ, quam obſignatio & depoſitio fuerit ſecuta, agitur, quod probabilius fit, ſi pro: *oblatam ſibi jure pecuniam* legas, *oblatam ſibi* (ſibi in) *jure pecuniam*, prout illa omnia latius perſequitur *NOODT de foener. & uſur. l 3. c. 15.*

OBSERV. MCLXXXVIII.

obligatio conſenſu contracta(Hodie ſimpliciter omnes obligationes, quæ ſunt privati arbitrii, mutuo conſenſu ſolvi poſſunt, ut ſollicitudo illa Romana omninò ceſſet, quemadmodum etiam hodiè nihil refert, ſive res ſit integra, ſive non, nam omni caſu conſenſus ſerio datus, ſuo gaudet effectu, utut non indiſtinctè pro conſenſu mere liberatorio haberi queat.

OBSERV. MCLXXXIX.

Confuſione) Hac utique naturaliter obligationes tolluntur, ſi enim aliqua obligatio, mei cauſa, unice ſit conſtituta, illa amplius durare nequit, ſi locum debitoris quoque ſubeam, cum enim ita pro lubitu eam

Ccc 4 tolle-

tollere possim, in effectu illa jam est sublata. Confusionis tamen non alius est effectus, quam quod tollat *solvendi necessitatem*, sed *ipsum commodum* non aufert, hinc si creditor debitori succedat, à se ipso quidem exigere nequit, rem debitam tamen consequitur. Hinc non obstat *l. 6. 8. C. ad L. falcid.* in quibus dicitur, quod *hæres debitum suum ante legata deducat, licet per aditionem sit facta confusio*, nam hæc cum confusione consistere posse, ex modo dictis liquet.

OBSERV. MCXC.

Si duæ obligationes unius rei in unam personam collatæ fuerint) Ut hoc casu confusionem assererent Romani, juxta doctrinam *l. 21. §. 2. de fidejus. l. 93. §. 2. l. 95. §. 3. de solut.* ejus rei causam solidam non habuerunt, nam duplex obligatio, cui in creditore duplex jus respondet, bene simul consistere potest, est etiam illius rei manifesta utilitas in concursu creditorum, ubi separatio bonorum nonnunquam petitur, aut quando bona unius debitoris, solvendo debito non sufficiunt, qualem casum *CARPZOV. d. p. 2. C. 18. D. 13.* proponit. Videntur Romani confusionem asseruisse, ubi nihil interesset, duplex an una statueretur obligatio, ast ubi duplicis obligationis utilitas comparuit, eam negasse, aut minimum hanc limitationem adjecerunt interpretes. Licet verò hac ratione sententiæ iniquitas temperetur, attamen ambages illæ haut sunt probandæ, cum satius sit, omnem confusionem simpliciter negare, inprimis cum apud Romanos alias non infrequens sit, ut plures obligationes & actiones, ad eundem scopum tendentes, adstruantur, præterea in casu præsente, non una omnium fuerit sententia, ceu liquet ex *l. 93. §. 3. de solut.*

OB-

OBSERV. MCXCI.

Compensatione) De hoc suo loco actum, ac quid Romanum, quid commune circa eam sit, ostensum est. De cæteris tollendi modis, qui hic indicantur, strictim ita habendum: Rei interitus naturaliter tollit obligationem, sed concorsus duarum causarum lucrativarum, capitis diminutio maxima & media, mors (secundum doctrinam allatam, nam si consensus partium hoc jubeat, tum ad modos naturales eadem perinet) & præscriptio ex jure civili vim suam habent.

TIT. V.
DE PRÆTORIIS STIPULATIONIBUS.

OBSERV. MCXCII.

P*Rætoriæ stipulationes*) Cautiones ex dictamine æquitatis & utilitatis, apud omnes Gentes observari, in aprico est, quemadmodum etiam liquet, quod iis interpositis, lex naturalis fidem datam servari jubeat. *Quando* tamen cautio præstanda sit, id lex positiva definite magis ostendit, quæ etiam *cavendi modum* præscribit, nec non *personam*, quæ cautionem exigat, designat, qua quidem in re, leges cujusvis reipublicæ magis, quam Romanæ spectari debent. Divisio prima, quæ hic affertur, hodie cessat, secunda nec accurata, (cum omnes cautiones à fine, sint cautionales, ab objecto verò discernantur, adeoque subordinanda sibi frustra opponantur) nec hodie magni usus est.

Tit. VI.

REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

Observ. MCXCIII.

Hanc stipulationem) Hodie hæc stipulatio cessat, licet enim pupillis & adolescentibus ejusmodi cautiones utiles sint, attamen â parte altera considerandum est, quod eum, qui officium gratutium & molestum suscipit, duris adeo conditionibus onerare, haut parsit, præterea difficulter fidejussores reperiri possint, qui per longius tempus, alterius administrationem suo periculo esse velint, denique Magistratuum sit prospicere, quo læsioni, si quæ immineat, maturè occurratur, adeoque securitati impuberum & minorum his mediis satis prospectum videatur. Quodsi tamen quis divitis pupilli tutelam sui commodi causa affectet, ille merito durioribus legibus adstringendus foret.

Tit. VII.

JUDICATUM SOLVI.

Observ. MCXCIV.

Hac stipulatione ex una causa commissa, ex aliis non committitur) Sensus est, si unus ex reis rem non defendat, mox tamen mutata sententiâ, defendat, adeo, ut per judicem condemnetur, non poterit agi & ad *interesse*, propter omissam olim defensionem, & ad *judicatum solvendum*, sed hoc posterius saltem præstari debet. Quodsi autem duo rei sint, quorum alter defensionem omiserit, alter susceperit & condemnatus sit, tum ex utroque capite stipulatio committitur, ita

ita ut ille ad intereſſe, hic ad judicatum ſolvendum conveniri queat *d. l. fin. h. t.*

Observ. MCXCV.

De uſu hodierno) Hodie cautio judicatum ſolvi, ſenſu Romano, haut eſt in uſu. Defenſores enim aut procuratores vel mandato inſtructi eſſe debent, vel cum cautione rati, nonnunquam admittuntur. Aliquando verò ac ipſo Reo cautio judicatum ſolvi exigitur, ſi de fuga aut dilapidatione bonorum ſit ſuſpectus *vid. CARPZ. Proc. Tit. 9. art. 5. §. 12. 16.*

Tit. VIII.

RATAM REM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

Observ. MCXCVI.

Non etiam in perſonali) Hodie controverſiæ ipſius, realis an perſonalis illa ſit, nulla habetur ratio, ſed an cautio rati admittenda ſit nec ne, id ex perſonæ comparentis conditione, & aliquando Mandati habitu æſtimatur, de quo *Tit. de Procur. lit. C. AUTOR* egit.

Observ. MCXCVII.

Ad intereſſe ſtipulatoris) Hoc non ex repetita, ſed ex futura victoria æſtimandum eſſe, cumque hoc ſit difficilis probationis, plerumque ſaltem impenſarum factarum refuſionem peti ſolere, docet *Dn. STRYK in not. h.* Ex ſententia vero *Dn. BERGERI in reſolut. ad Tit.* de Procurat. *qu. 1.* actio ex ſtipulatu eò ſolum pertinet, ut quaſi procurator diligentiam in procuranda collitigatoris, à ſe defenſi, ratihabitione præſtet, non ut etiam intereſſe non conſecutæ ratihabitionis ſolvere debeat, ſi ab hoc ſolo caſu diſceſſeris, cum

cum negligentia aut culpa ejusdem arguitur, hinc amplius etiam ex Ejus doctrina, per fuerit opportunum ne judicium retro reddatur elusorium, à Judice ratihabitioni impetrandæ certum, adjecta pœna constitui terminum. Videtur res ita concilianda esse: Quasi Procurator, cessante ratihabitione non tenetur ad interesse principale seu litis, bene tamen ad secundarium impensas similiaque continens. Forte etiam rarius controversia hæc occurrit, cum plerumque de ratihabitione, res ab initio certa sit, illa etiam sequatur, & cautio rati tantum ad Processus solennitates pertineat,

Lib. XLVII. Tit. I.
DE PRIVATIS DELICTIS.
Observ. MCXCIIX.

Delictum) Uti omnes homines delinquunt, ita delicti etiam notitiam ex communibus principiis consequuntur, nec adeò illa præcise Romanis debetur. Hoc scilicet communis ratio ostendit, ad delictum requiri voluntatem agentis, nam hac negata, actio moralitatis capax non est. Porro (2) sine legis prohibitione delictum non esse, sed hoc in aberratione à lege consistere. Hinc ultro intelligitur (3) quod illi saltem delinquere queant, qui usum rationis habent, nec minus inde liquet (4) quod peccetur contra legem & personas ac res, de quibus illa loquitur. Amplius æquitas docet, (5) delictum legitime esse probandum, hoc facto, tandem (6) ex ratione manifestum est, delinquentem ad damnum, si quod dedit, resarciendum, teneri ac pœnam hactenus promeruisse, ne da-

ta

ta impunitas alios ad delinquendum invitet, determinatio autem mali imponendi, à jure positivo est,& frequenter hac in parte, jure Romano non utimur,sed ex legibus patriis potius pœnam repetimus.

OBSERV. MCXCIX.

Delicta sunt Ecclesiastica) Circa divisiones hic allatas, hæc forte sese recte non habent (1.) quod divisio in *nominata* & *innominata n. 2. h.* pro principali sit habita, cum videatur subdivisio delictorum privatorum (2.) quod vera delicta, in *publica* & *privata* subdistinguantur, nam quasi delicta etiam sunt privata, imo quædam delicta publica, ut homicidium & infantis expositio culposa, veris non videntur annumerari posse (3.) quod damnum injuria datum indistincte veris delictis accenseatur,nam quatenus culpâ fit,quasi delictis id omnino annumerari debet,nec obstat, quod *JUSTINIANUS* simpliciter id inter vera delicta commemoret, nam id factum est,quo argumentum totius Legis aquiliæ uno contextu explicaret.

2. Malim igitur sic dicere: Delicta considerantur (1.)ratione *voluntatis delinquentis*,& sunt vel *vera* vel *quasi delicta*, quæ divisio non juris civilis, sed Gentium est, ac hodie quoque obtinet (2.) *legis notantis ac peculiaris processus*, & sunt vel *Publica*,quæ speciali lege notata, singulari processu vindicabantur, & *privata*,circa quæ actiones& judicia privata occurrebant, ac utplurimum exacta pœna læso applicabatur. Hodie Publica delicta esse videntur, quibus pœna publica,i.e. cujus emolumentum non sentit læsus, imponitur,hoc autem cum semper aut plerumque fiat, ideo hodie omnia delicta, si solum injuriæ delictum, quando de eo æstimatoriè agitur, excipias, erunt *Publica*,

imo

mant textus citati, est nullius momenti, supponit enim illud de quo quæritur, ac ex eâ plura absurda sequuntur, nam si ex valore æqualitas æstimanda, tum sufficiet qualemcunque monetam solvisse, insuper habita bonitate intrinseca ac valore antiquo, quemadmodum etiam satis erit, diversum genus, v. gr. pro pecunia vinum, vel pro vino oleum, præstitisse, nam in his omnibus valor ad æqualitatem redigi potest! Interim contraria sententia obtinet, cum tamen ejus iniquitas latere nequeat, hinc varie eam limitare solent, quibus limitationibus opus non esset, si vera sententia observaretur *add. HUB. in posit. ad J. quib mod re contr. obl. n. 10.*

OBSERV. MCLXXXI.

Obligatio extinguitur ipso jure; Ipsum jus, quatenus peculiarem extinguendi modum notat, est hodie nomen otiosum, & *AUTOR* committit fallaciam caussæ, quando inde deducit, quod exceptio solutionis, ingressum litis impediat ac chirographum condici queat, prior enim effectus est ab exceptionis *evidentia*, posterior verò ab *ipsa obligationis extinctione*, non ejus *modo*. Porro certum est, quod sola confessio Creditoris super solutione sibi facta, debitorem securum reddat. *vid. BERGER h. qu. 3.* sed nec hoc deducendum est ex eo, quod obligatio ipso jure sit sublata, verum simpliciter ex eo, quod obligatio sit extincta.

OBSERV. MCLXXXII.

Obst. l. 38. §. 2. l. 43. de solut.) Recte dicitur, quod fidejussore solvente, obligatio omnis, ratione Creditoris, solvatur, nam utraque obligatio, principalis & accessoria, idem respiciunt objectum, hinc eo sublato utraque exspirat, Non obstat *l. 38. §. 2. de solut.* (nam hanc *CARPZOV. d. l.* allegat, licet *Dn. BERGER*

qu. 4. maluerit huc referre *l. 28. mand.*) verba enim finalia: *quod ille suo nomine pecuniam indebitam dando, repetitionem ejus haberet*, cum casu qui præcedit, huc non quadrant, fidejussor enim non *suo nomine indebitam pecuniam* dat, sed *debitam* potius *suo* & *debitoris nomine* solvit, hinc ratione Creditoris uterque liberatur, licet debitor, intuitu fidejussoris, obligatus maneat, de quo dixi Observ. *1165.* Porro non obest *l. 43. de solut*. nam à confusione, quæ circa fidejussoriam obligationem contingit, ac objectum obligationis principalis non aufert, ad solutionem inferre non licet, quia hæc objectum plane tollit, adeoque necessario omnem obligationem, intuitu Creditoris, perimit.

Tit. IV.

DE ACCEPTILATIONE.

Observ. MCLXXXIII.

Acceptilatio) Possumus etiam obligationes *consensu gratuito* remittere, quale pactum liberatorium, dubio procul juris Gentium est. Sed Romani isti pacto circumposuerunt *habitum acceptilationis*, dum per verba solennia illud celebrari voluerunt, hinc multa singularia vel sequuntur vel alias adjiciuntur. Ex hoc genere est (1) fictio, qua solutio subesse fingitur (2) quod acceptilatio sit stipulatio (3) juris civilis (4) quod immediate à debitore & creditore fieri debeat (5) solas obligationes verbales tollat (6) novationum ambagibus, quibus creditor, debitor aut obligatio mutetur, opus sit, quod (7) obligationes extinguat ipso jure (8) diem & conditionem non recipiat. Verum in Germaniâ omnia illa Romana cessant ac merum jus na-

naturæ obſervatur, adeò ut pactum de non petendo, acceptilatio, condonatio ac remiſſio apud nos ſint ſynonyma.

OBSERV. MCLXXXIV.

Non eſt ſtipulatio -- -- obſt. l. 27. §. 2. de pact.) Si per acceptilationem, ipſum conſenſum liberatorium, adeoque actus hujus ſubſtantiale, per ſtipulationem autem verba ſolennia, vel abſtractive, vel cum negotio obligatorio ſpectata, intelligas, tum verum eſt, quod acceptilatio non ſit ſtipulatio, ſed cum frequenter pactum obligatorium, verbis ſolennibus declaratum, ſtipulationem dicamus, eodem jure conſenſum liberatorium, verborum ſolennitate ſtipatum, i. e. acceptilationem, dicemus ſtipulationem, id quod obſtans *l. 27. §. 2. de pact.* ſatis etiam innuit, ut aſſertio *AUTORIS* abſolute non procedat. Hodie controverſiæ hujus nulla eſt utilitas.

OBSERV. MCLXXXV.

Cauſa eſt jus civile --- obſt. l. 8. §. fin. h.) Acceptilatio dicitur juris Gentium, vel intuitu conſenſus, quo conſtat, vel eo ſaltem ſenſu, quod linguam peregrinam addmittat, quod quodammodo ſingulare exiſtimari poteſt, nam alias id non temere admiſſum à Romanis, utpote qui ut omnia ſua, ita & linguam, uſu ejus late ſparſo, extollere conabantur *vid BROIDÆ. ad Pollet. hiſtor. for. Rom. l. 5. c. 15. in fin.* Hoc igitur jus Gentium nihil aliud eſt, quam jus civile ad peregrina extenſum.

OBSERV. MCLXXXVI.

Solenni oblatione) Oblatio, obſignatio & depoſitio pecuniæ, eſt inſtar ſolutionis, hinc iisdem quoque regulis, ſive perſonas offerentes, & quibus offertur, ſive

rem

rem offerendam ſpectes, dirigitur, quia tamen, ob tergiverſationem creditoris, apud alium res deponenda eſt, hinc eam iniri jubet rationem æquitas, ut & debitor à ſuo onere levetur, & creditor quærendi cauſam non habeat, quæ jus Romanum certius definivit *add. DECIS. SAXON. 27.*

OBSERV. MCLXXXVII.

De oblatione verbali & reali, ſed minus ſolenni) Hæc moram hactenus purgat, ut periculum rei, quæ perire poteſt, ad debitorem amplius non petineat, uſuras verò licet ex mora debitas, non ſiſtit, nec ſolvit antichreſin, licet multi, ac in ſpecie *HUBER in poſit. ad J. quib. mod. toll. oblig. n. 43.* ultimum ex *l. 11. C. de uſur.* adſtruant, nam ibi non de ſimplici oblatione, ſed eâ, quam obſignatio & depoſitio fuerit ſecuta, agitur, quod probabilius ſit, ſi pro: *oblatam ſibi jure pecuniam* legas, *oblatam ſibi* (ſibi in) *jure pecuniam*, prout illa omnia latius perſequitur *NOODT de foener. & uſur. l. 3. c. 15.*

OBSERV. MCLXXXVIII.

obligatio conſenſu contracta(Hodie ſimpliciter omnes obligationes, quæ ſunt privati arbitrii, mutuo conſenſu ſolvi poſſunt, ut ſollicitudo illa Romana omninò ceſſet, quemadmodum etiam hodiè nihil refert, ſive res ſit integra, ſive non, nam omni caſu conſenſus ſerio datus, ſuo gaudet effectu, utut non indiſtinctè pro conſenſu mere liberatorio haberi queat.

OBSERV. MCLXXXIX.

Confuſione) Hac utique naturaliter obligationes tolluntur, ſi enim aliqua obligatio, mei cauſa, unice ſit conſtituta, illa amplius durare nequit, ſi locum debitoris quoque ſubeam, cum enim ita pro lubitu eam

tollere possim, in effectu illa jam est sublata. Confusionis tamen non alius est effectus, quam quod tollat *solvendi necessitatem*, sed *ipsum commodum* non aufert, hinc si creditor debitori succedat, à se ipso quidem exigere nequit, rem debitam tamen consequitur. Hinc non obstat *l. 6. 8. C. ad L. falcid.* in quibus dicitur, quod *hæres debitum suum ante legata deducat, licet per aditionem sit facta confusio*, nam hæc cum confusione consistere posse, ex modo dictis liquet.

OBSERV. MCXC.

Si duæ obligationes unius rei in unam personam collatæ fuerint) Ut hoc casu confusionem assererent Romani, juxta doctrinam *l. 21. §. 2. de fidejus. l. 93. §. 2. l. 95. §. 3. de solut.* ejus rei causam solidam non habuerunt, nam duplex obligatio, cui in creditore duplex jus respondet, bene simul consistere potest, est etiam illius rei manifesta utilitas in concursu creditorum, ubi separatio bonorum nonnunquam petitur, aut quando bona unius debitoris, solvendo debito non sufficiunt, qualem casum *CARPZOV. d. p. 2. C. 18. D. 13.* proponit. Videntur Romani confusionem asseruisse, ubi nihil interesset, duplex an una statueretur obligatio, ast ubi duplicis obligationis utilitas comparuit, eam negasse, aut minimum hanc limitationem adjecerunt interpretes. Licet verò hac ratione sententiæ iniquitas temperetur, attamen ambages illæ haut sunt probandæ, cum satius sit, omnem confusionem simpliciter negare, inprimis cum apud Romanos aliàs non infrequens sit, ut plures obligationes & actiones, ad eundem scopum tendentes, adstruantur, præterea in casu præsente, non una omnium fuerit sententia, ceu liquet ex *l. 93. §. 3. de solut.*

OB-

Observ. MCXCI.

Compenſatione) De hoc ſuo loco actum, ac quid Romanum, quid commune circa eam ſit, oſtenſum eſt. De cæteris tollendi modis, qui hic indicantur, ſtrictim ita habendum: Rei interitus naturaliter tollit obligationem, ſed concorſus duarum cauſarum lucrativarum, capitis diminutio maxima & media, mors (ſecundum doctrinam allatam, nam ſi conſenſus partium hoc jubeat, tum ad modos naturales eadem perinet) & præſcriptio ex jure civili vim ſuam habent.

Tit. V.

DE PRÆTORIIS STIPULATIONIBUS.

Observ. MCXCII.

PRætoriæ ſtipulationes) Cautiones ex dictamine æquitatis & utilitatis, apud omnes Gentes obſervari, in aprico eſt, quemadmodum etiam liquet, quod iis interpoſitis, lex naturalis fidem datam ſervari jubeat. *Quando* tamen cautio præſtanda ſit, id lex poſitiva definite magis oſtendit, quæ etiam *cavendi modum* præſcribit, nec non *perſonam*, quæ cautionem exigat, deſignat, qua quidem in re, leges cujusvis reipublicæ magis, quam Romanæ ſpectari debent. Diviſio prima, quæ hic affertur, hodie ceſſat, ſecunda nec accurata, (cum omnes cautiones à fine, ſint cautionales, ab objecto verò diſcernantur, adeoque ſubordinanda ſibi fruſtra opponantur) nec hodie magni uſus eſt.

Tit. VI.

REM PUPILLI VEL ADOLESCENTIS SALVAM FORE.

Observ. MCXCIII.

Hanc stipulationem) Hodie hæc stipulatio cessat, licet enim pupillis & adolescentibus ejusmodi cautiones utiles sint, attamen â parte altera considerandum est, quod eum, qui officium gratutium & molestum suscipit, duris adeo conditionibus onerare, haut parsit, præterea difficulter fidejussores reperiri possint, qui per longius tempus, alterius administrationem suo periculo esse velint, deniqueMagistratuum sit prospicere, quo læsioni, si quæ immineat, maturè occurratur, adeoque securitati impuberum & minorum his mediis satis prospectum videatur. Quodsi tamen quis divitis pupilli tutelam sui commodi causa affectet, ille merito durioribus legibus adstringendus foret.

Tit. VII.

JUDICATUM SOLVI.

Observ. MCXCIV.

Hac stipulatione ex una causa commissa, ex aliis non committitur) Sensus est, si unus ex reis rem non defendat, mox tamen mutata sententiâ, defendat, adeo, ut per judicem condemnetur, non poterit agi & ad *interesse*, propter omissam olim defensionem, & ad *judicatum solvendum*, sed hoc posterius saltem præstari debet. Quodsi autem duo rei sint, quorum alter defensionem omiserit, alter susceperit & condemnatus sit, tum ex utroque capite stipulatio committitur,

ita

ita ut ille ad intereſſe, hic ad judicatum ſolvendum conveniri queat *d. l. fin. h. t.*

Observ. MCXCV.

De uſu hodierno) Hodie cautio judicatum ſolvi, ſenſu Romano, haut eſt in uſu. Defenſores enim aut procuratores vel mandato inſtructi eſſe debent, vel cum cautione rati, nonnunquam admittuntur. Aliquando verò ac ipſo Reo cautio judicatum ſolvi exigitur, ſi de fuga aut dilapidatione bonorum ſit ſuſpectus *vid. CARPZ. Proc. Tit. 9. art. 5. §. 12. 16.*

Tit. VIII.

RATAM REM HABERI ET DE RATIHABITIONE.

Observ. MCXCVI.

NOn etiam in perſonali) Hodie controverſiæ ipſius, realis an perſonalis illa ſit, nulla habetur ratio, ſed an cautio rati admittenda ſit nec ne, id ex perſonæ comparentis conditione, & aliquando Mandati habitu æſtimatur, de quo *Tit. de Procur. lit. C. AUTOR* egit.

Observ. MCXCVII.

Ad intereſſe ſtipulatoris) Hoc non ex repetita, ſed ex futura victoria æſtimandum eſſe, cumque hoc ſit difficilis probationis, plerumque ſaltem impenſarum factarum refuſionem peti ſolere, docet *Dn. STRYK in not. h.* Ex ſententia vero *Dn. BERGERI in reſolut. ad Tit.* de Procurat. *qu. 1.* actio ex ſtipulatu eò ſolum pertinet, ut quaſi procurator diligentiam in procuranda collitigatoris, â ſe defenſi, ratihabitione præſtet, non ut etiam intereſſe non conſecutæ ratihabitionis ſolvere debeat, ſi ab hoc ſolo caſu diſceſſeris, cum

cum negligentia aut culpa ejusdem arguitur, hinc amplius etiam ex Ejus doctrina, per fuerit opportunum ne judicium retro reddatur elusorium, à Judice ratihabitioni impetrandæ certum, adjecta pœna constitui terminum. Videtur res ita conciliianda esse: Quasi Procurator, cessante ratihabitione non tenetur ad interesse principale seu litis, bene tamen ad secundarium impensas similiaque continens. Forte etiam rarius controversia hæc occurrit, cum plerumque de ratihabitione, res ab initio certa sit, illa etiam sequatur, & cautio rati tantum ad Processus solennitates pertineat,

Lib. XLVII. Tit. I.

DE PRIVATIS DELICTIS.

Observ. MCXCIIX.

Delictum) Uti omnes homines delinquunt, ita delicti etiam notitiam ex communibus principiis consequuntur, nec adeò illa præcise Romanis debetur. Hoc scilicet communis ratio ostendit, ad delictum requiri voluntatem agentis, nam hac negatâ, actio moralitatis capax non est. Porro (2) sine legis prohibitione delictum non esse, sed hoc in aberratione à lege consistere. Hinc ultro intelligitur (3) quod illi saltem delinquere queant, qui usum rationis habent, nec minus inde liquet (4) quod peccetur contra legem & personas ac res, de quibus illa loquitur. Amplius æquitas docet, (5) delictum legitime esse probandum, hoc facto, tandem (6) ex ratione manifestum est, delinquentem ad damnum, si quod dedit, resarciendum, teneri ac pœnam hactenus promeruisse, ne da-

ta impunitas alios ad delinquendum invitet, determinatio autem mali imponendi, à jure positivo est,& frequenter hac in parte, jure Romano non utimur,sed ex legibus patriis potius pœnam repetimus.

OBSERV. MCXCIX.

Delicta sunt Ecclesiastica) Circa divisiones hic allatas, hæc forte sese recte non habent (1.) quod divisio in *nominata* & *innominata n. 2. h.* pro principali sit habita, cum videatur subdivisio delictorum privatorum (2.) quod vera delicta, in *publica* & *privata* subdistinguantur, nam quasi delicta etiam sunt privata, imo quædam delicta publica, ut homicidium & infantis expositio culposa, veris non videntur annumerari posse (3.) quod damnum injuria datum indistincte veris delictis accenseatur,nam quatenus culpâ fit,quasi delictis id omnino annumerari debet,nec obstat, quod *JUSTINIANUS* simpliciter id inter vera delicta commemoret, nam id factum est,quo argumentum totius Legis aquiliæ uno contextu explicaret.

2. Malim igitur sic dicere: Delicta considerantur (1.)ratione *voluntatis delinquentis*,& sunt vel *vera* vel *quasi delicta*, quæ divisio non juris civilis, sed Gentium est, ac hodie quoque obtinet (2.) *legis notantis ac peculiaris processus*, & sunt vel *Publica*,quæ speciali lege notata, singulari processu vindicabantur, & *privata*,circa quæ actiones& judicia privata occurrebant, ac utplurimum exacta pœna læso applicabatur. Hodie Publica delicta esse videntur, quibus pœna publica,i.e. cujus emolumentum non sentit læsus, imponitur,hoc autem cum semper aut plerumque fiat, ideo hodie omnia delicta, si solum injuriæ delictum, quando de eo æstimatoriè agitur, excipias, erunt *Publica*,

imo

imo si actionem injuriæ æstimatoriam, pro rei persecutoria habeas, quod non plane improbabile est, ut suo loco videbimus, simpliciter omnia, vera & quasi delicta, pro Publicis hodie habere poteris, de cætero juxta mores nostros, à *judicis diversitate*, subdistinguuntur in *Ecclesiastica, secularia* & *mixta*. Ista possunt esse *civilia* & *militaria*.

3. Delicta privata apud Romanos amplius distinguebantur (1.) à *frequentia*, in *nominata* & *innominata*, qua divisio ad Publica, prout hodie sunt, etiam quadrat, cum plures res sint, quam rerum nomina, videtur tamen in genere illa exiguæ utilitatis esse (2,) a *diversitate processus* in *privata in specie* seu *ordinaria*, in quibus læsus, quod sibi debebatur, actione privata exigebat, & *Extraordinaria*, quæ privato quidem processu vindicabantur, ut tamen pœna publica, & nonnunquam etiam per alium, quam læsum, exigeretur, hæc iterum discernere licet in *Antiqua*, in quibus semper illa procedendi ratio obtinuit *vid. l. 1. de publ. judic. l. 2. de concuss. l. 3. de extraord. crim. l. 1. §. fin. de pœn. l. 3. an SCt. Turpill. l. 2. de abig. l. 3. de prævar.* & *Recentia*, circa quæ ille procedendi modus in subsidium fuit adhibitus, nam successu temporis, ob inopiam, ut videtur, delinquentium, eò deventum est, ut ex omnibus delictis privatis in specie talibus, etiam ad pœnam extraordinariam agi posset *l. fin. de privat. delict. l. fin. de furt.* quo ipso adeo qualitatem delictorum extraordinariorum eadem assumsisse dicendum est, seu ex *d. ll. & l. 1. pr. de extraord. crim.* liquet. Nonnulli ac in specie *Dn. THOMAS. in disput.* de Abigeatu *hab. Lips. 1687.* censent, delicta extraordinaria constituere *speciem delictorum publicorum*, sed con-

contrarium mihi probabilius videtur. Hodie hujus divisionis nullus est usus, nam, ut dixi, omnia delicta sunt publica, præterea etiam publica & extraordinaria crimina coincidunt.

Tit. II.
DE FURTIS.
Observ. MCC.

Furtum) Doctrina furti maximam partem communis est,& pauca sunt,quæ Romanis debentur.Eo pertinet (1.) quod sit delictum privatum,sed hodie est Publicum (2.)divisio prima & secunda furti,quatenus scilicet utraque ad effectum peculiaris pœnæ imponendæ inculcatur, nam alias circumstantias, quibus illæ nituntur, ad furti veritatem vel quantitatem indagandam, jus etiam naturale attendi jubet (3.) quod usus& possessionis etiam furtum fiat,quæ quidem furti æstimatio, ob actionem furti civilem invaluisse videtur, quodsi adeo hujus usum hodie neges, nec illa amplius occurret (4.) quod rei possessio, ad furtum sit necessaria *lit. O. n.3.* quod itidem ad actionem civilem pertinuisse videtur, præterea defectus possessionis non tam minuit, quam auxit delicti quantitatem, nam delictum expilatæ hæreditatis,in quo possessio deest, *furtum improbius* dicitur in *l. 12. C. ex quib. caus. infam. irrog.* ac delictis extraordinariis accensetur. Eodem referenda(5.) dispositio *l. 21. §. fin. de furt.* quæ *lit. O. n.3.* refertur, quæque aperte satis ad actionem furti civilem spectat ac cum hac nullius vel exigui hodie est usus.

Observ. MCCI.

*Effectus primus)*Quæ de furti effectu hic dicuntur, sla-

clarius forte ita proponi possunt: si furtum *immineat*, tum ex naturali defensionis jure, contra illud se defendere, ac furem repellere licet, si autem *factum sit*, tum læsus jus quidem non amittit, bene tamen rem ejusque possessionem, fur autem ex jure naturali obligatur ad *damnum resarciendum*, quo fine movetur condictio furtiva, quam suo loco cum additamentis Romanis expendimus, ac indefinite ad *pœnam sustinendam*, quam lex positiva definit, hæc etiam rei furtivæ inhibet usucapionem.

OBSERV. MCCII.

Est obligatio ad pœnam, nam fur nocturnus impune occidi potest) Hæc non rectè conjunguntur, nam occisio furis nocturni, non fit per modum pœnæ, sed defensionis, nec hæc ex regulis pœnalibus potest aut debet æstimari, nam qui puniri debet, est in potestate punientis, nec amplius resistere potest ac malo afficitur ob delictum perpetratum, hinc huic etiam pœna est attemperanda, sed qui invadit ac jure defensionis repellitur, is in potestate defensoris non est, sed animum & vires nocendi adhuc habet, hinc malum, quod à defensore accipit, ultro incurrit, quare etiam invasionis & mali illati proportio accurata non exigitur, cum defensor illud unice non dirigat.

OBSERV. MCCIII.

Modo incognitus sit) An ob defensionem rerum, in statu civili aliquem occidere liceat, apud Scriptores rerum moralium disceptari solet? Regulariter id negandum erit, nisi fur aut raptor vitæ simul insidietur, vel etiam res nostras, sine spe recuperandi, sit ablaturus, tum enim pro conservatione boni irreparabilis quævis media adhibere licebit, quorum occasione si

aufe

auferens damnum sentiat, propriæ id imputare debet voluntati. Atque his rationibus nitebatur Lex Mosaica de fure nocturno licitè occidendo, quæ ad Romanos etiam devenit *l. 4. §. 1. ad L. aquil.* in qua requisitum clamoris, ad emblemata Compilatorum referri debet *vid. PUFEND. de J. N. G. l. 2. c. 5. §. 17.*

OBSERV. MCCIV.

Actio furti) Refertur hic pœna juris Romani, qua fures regulariter afficiebantur, sed eam in multis locis non observari, ipse *AUTOR* fatetur, ali tamen pro ejus usu pugnant *vid. BERGER in resolut. h. qu. 3.* quid mihi videatur, Observ. *1147.* indicavi. De moralitate autem & sensu pœnæ hodiernæ, quam postea *AUTOR* subjicit, rerum criminalium scriptores consulendi sunt, ut multa huc transscribere non attineat *vid. BERGER d. l.*

OBSERV. MCCV.

Datur illi cujus interest lit. S.) Ad intelligendam Romanorum sententiam diversi casus sunt distinguendi. Si (1.) dominus rem teneat, eademque illi subtrahatur, tum procul dubio actio furti ei competit, idem obtinet (2.) licet ad alium dominium suo tempore sit reversurum, quo pertinet exemplum mariti quoad res dotales ex *l. 49. de furt.* Si (3.) de dominio transferendo actum sit, sed possessio & plerumque etiam dominium qualequale sit adhuc penes debitorem, tum hic, non creditor & futurus dominus ac possessor, habet actionem furti, quo pertinet exemplum venditoris *l. 14. h.* debitoris *l. 13. 49. h.* & hæredis quoad rem legatam *l. 85. in fin. h.* cum enim creditor hactenus nondum habuerit rem, sed ejus dominium de novo con-

ſequatur, â lucro actionis furti pœnalis non immerito excluditur, maxime cum, culpâ debitoris interveniente, ipſe nihil præſtare debeat, ac inſuper id, quod ejus intereſt, conſequi poſſit, quodſi verò ſine culpa debitoris res ſubtracta ſit, adeo ut ejus periculum ad creditorem pertineat, tum ei actio furti, contra furem eſt cedenda *§. 3. in fin. J. de emtion. vendit.* Quod ſi (4.) poſt rem ſubtractam, dominium, morte prioris domini, mutetur, tum novus dominus, non is, qui eam alteri præſtare debet actionem furti habet, quo pertinet exemplum legatarii ex *l. 66. §. 1. l. 47. h. t.* cum enim hæres hoc caſu legatario ad nihil teneatur, huic actio furti merito aſſeritur, perinde atque in caſu præcedente, ubi nulla debitoris culpa intervenit, atque hoc modo *d. l. 66. §. 1. l. 47.* cum *l. 85. in fin.* facile conciliantur. Denique ſi (5.) dominus rem ſuam aliis conceſſerit, ut conductori, creditori, commodatorio, ac his illa ſubtrahatur, tum iis quoque, non domino, actio furti conceditur, juxta *AUTORIS* doctrinam.

2. Cæterum, ſi verum fateri licet, hæc ultima Legislationis Romanæ pars, parum rationis habet ac merito hoc caſu domino, actio furti concedenda fuiſſet. Nam (1.) abſurdum videtur v. gr. conductorem, ob culpam commiſſam, lucro actionis furti (quod fure ſolvendo exiſtente, ſatis eximium eſt) frui, non culpoſum verò, illo carere, ſic enim præſtabit culpam committere, quam omittere! nec minus (2.) incongruum videtur, quod conductor lucrum obtentum retineat, ſed creditor pigneratitius illud domino communicare teneatur, cum tamen hic in re ablata, jus reale & plenius, ille ſaltem perſonale & infirmum habuerit: nec (3.) ulla ratio poſtulavit, ut memoratis perſonis actio furti pœ-

pœnalis concederetur, nam ex eo, quod domino ob culpam ſint obligatæ, nihil amplius ſequitur, quam quod contra furem,ratione rei ipſius,regreſſum habere debeant,non autem,quod actio pœnalis ipſis ſit concedenda. Hinc, niſi fallor, (4.) primum falſum in eo conſiſtit, quod actionem pœnalem & rei perſecutoriam confuderint Romani, ſeu actioni furti pœnali id attribuerint, quod rei perſecutoriæ tantum conveniebat, id quod inprimis manifeſtum eſt ex *§. 14. 15. 16. J. de oblig. quæ ex delict. naſc.* in quibus actio furti ad rem perſequendam competere, ac cum actione conducti & commodati, electivè concurrere dicitur. Poterit igitur (5.) Legislationis Romanæ vitium emendari, ſi, quæ illi de actione furti pronunciarunt, ad condictionem furtivam, quæ rem ejusve æſtimationem perſequitur, transferamus, eo modo, ut domino actio furti ſemper contra furem relinquatur, ac præterea ei electio detur,utrum damni reſtitutionem,actione ex contractu, â conductore, creditore aut commodatario petere, an â fure condictione furtiva rem vel ejus æſtimationem exigere velit, prius ſi fiat, tum conductori cæterisque condictio furtiva erit concedenda, qua â fure id, quod præſtiterunt, recuperent. Sed de his plus ſatis, forte etiam plus quam ſatis!

Tit. III.
DE TIGNO JUNCTO.
Observ. MCCVI.

HOc delictum) Junctio tigni, de qua hic agitur, non indiſtincte pro delicto haberi poteſt, cum etiam bonâ fide fieri queat *lit. P.* imo nec quævis ſcientia ſtatim delictum involvat. Porro nec id admittendum,

quod junctio hæc, præcisè pertineat ad tignum furtivum, de quo mox iterum. Hinc potius ita definitio concipienda: Junctio tigni est *factum, quo tignum alienum ædibus vel vineis nostris, bona aut mala fide jungimus.*

OBSERV. MCCVII.

Causa efficiens est lex XII. tabb.) Facta junctione, jungens ex lege naturali obligatur ad dominum tigni indemnem conservandum, quod fieri potest, si ei volenti vel tignum restituatur, vel ejus æstimatio præstetur, sed lex XII. Tabb. statui civili hanc rem attemperatura, tignum solvi prohibuit, ac ejus duplum præstari jussit. Verba legis XII. tabb. hæc sunt: *tignum junctum ædibus vineæve ne concapet ne solvito,* ubi Critici circa verba, *ne concapet* valde sunt solliciti, ceu refert *ZIEGLER in disput.* de tigno juncto *hab. Witeberg. 1655.* quæ bellaria aliis relinquimus.

OBSERV. MCCVIII.

Voluntas jungentis dolosa vel culposa) Poterit etiam junctio sine dolo & culpa fieri, ab ignorante scilicet, imo etiam sciente, si quis alterius tignum jungat, sine malo proposito, sperans ex certis causis, fore ut dominus id pro æquo pretio vendat. Neque etiam ad alium obligandum, dolus vel culpa præcisè requiritur, sed sufficit sola rei alienæ possessio.

OBSERV. MCCIX.

Objectum est tignum furtivum) Hoc non requiritur, sed perinde est, sive sit furtivum, sive simpliciter alienum, quod ipse *AUTOR tit. de A. R. D.* voce: *Adjunctio* agnoscit, ubi etiam *l. 63. de donat. inter vir. & uxor.* ob quam hic aliter sentit, rectè ad casum domini consentientis restringit. *l. 2. h. t.* positivè saltem asse-

afferit, quod ob tignum furtivum agatur, fed tignum alienum non excludit, *add. ZIEGLER d. difput. §. 19. feqq.*

OBSERV. MCCX.

Jungens obligatur inde domino ad duplum) Naturaliter jungentem & poffefforem, domino ad indemnitatem teneri, jam diximus Obferv. 1207. prætereа illum, ob delictum commiffum, fi aliquod intercurrat, puniri poffe, ex communi ratione intelligitur. Lex civilis tam à bonæ quam malæ fidei poffeffore duplum exegit, ita ut ab hoc, res ipfa, diruto ædificio, etiam poffit repeti, nec non, loco dupli, gravior æftimatio, jurejurando in litem definienda, poftulari. Quæ legis Romanæ difpofitio, quoad bonæ fidei, ut & fimplicis malæ fidei poffefforem, iniqua eft, ac in genere in Germaniam, quatenus duplum præftari jubet, non recepta videtur *vid.* Obferv. 1147. *add. STRUV. Jurifpr. for. l. 2. tit. 1. §. 48.*

OBSERV. MCCXI.

Eft vel merè pœnalis vel mixta) Sed *STRUVIO* in *S. J. C. exerc. 48. §. 30.* noviter ftatuere placuit, actionem de tigno juncto, omni cafu effe merè rei perfecutoriam, *conf. BERGER in refolut. de A.R.D. qu. 2.* Videtur totius controverfiæ ufus vel nullus, vel exiguus effe. Poffet etiam quis contendere, actionem de tigno juncto, quatenus contra b. f. poffefforem datur, oriri ex quafi contractu, fic numerus quafi contractuum novo exemplo augebitur! ego nemini hoc inventum invidebo, interim illud neceffarium non arbitror, cum in univerfum quafi contractus, ad inventa otiofa referam.

Observ. MCCXII.

Et omnibus quorum intereſt lit. S.) Videtur potius ſoli domino, actio de tigno juncto, tribuenda eſſe, nam quæ de actione furti jure civili ſunt conſtituta, ad illam non recte applicantur, cum jungens furtum non committat. Quodſi verò dominus ſuum, conſecutus ſit ab eo, cujus periculo tignum erat, tum regreſſum contra jungentem ei indulgere debebit.

Observ. MCCXIII.

Licet jungens non poſſideat ædes, e. gr. fabrum lignarium) Hoc falſum puto, nam junctionem eſſe furtum, gratis dicitur, & lex XII. tabb. non ob ſolam junctionem, ſed, juxta dictamen æquitatis, ob poſſeſſionem & retentionem tigni, actionem in duplum introduxit, hinc adeo generalis non eſt, ut *AUTOR* quidem exiſtimat. Quodſi autem faber lignarius tignum furatus ſit, tum tenebitur non ex junctione, ſed furto, propriis actionibus.

Observ. MCCXIV.

Nec in quantum ad eos pervenit) Nec actionem de tigno juncto, in ſolidum contra hæredem vel tertium poſſeſſorem concedamus, id utique rationem habet, cum actio illa ſatis dura adeoque reſtringenda ſit, ſed quod omnis actio, etiam quatenus rei, ab hærede vel tertio poſſeſſore detentæ, juſtam æſtimationem perſequitur, negetur, id veritati haut conſonum arbitramur, nam ob rei detentionem, æquitas alteri æſtimationem ſolvi jubet, & eadem hic eſt ratio, quæ in condictione ſine cauſa, hanc vero contra quemvis poſſeſſorem competere, liquet ex *§. 26. J. de R. D.* Nec ſunt captanda verba legum, quæ de junctione loquuntur,

ex-

exhibent, enim casum ordinarium, præterea sola junctio non est actionis causa, sed potius tigni alieni possessio.

TIT. IV.
SI IS QUI TESTAMENT. LIBER ESSE JUSSUS, POST MORTEM DOMINI &c.

OBSERV. MCCXV.

HIc duo delicta coercentur) Constitutum est jure civili, ne dominus contra servum delinquentem, actionem privatam habeat, etiam post manumissionem *§. 6. J. de noxal. action.* ideo forte, quod dominus manumittendo censeatur jus, quod post manumissionem, erga delinquentem se exserere poterat, remittere, nam vulgaris ratio, *quod actio, quæ nata non sit, servum manumissum sequi nequeat*, quam ex *l. 18. de furt. l. 1. C. de noxal. action. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* reddere solent, *vid. VINN. in not. ad d. §. 6.* principium petere, aut saltem non ultima esse videtur. Exinde consequi existimat JCtus in *l. 1. §. 1. h. t.* servum testamento manumissum, ob furtum vel damnum, jacenti hæreditati factum, non teneri, cum neque ut servus coërceri queat, ob spem libertatis, neque ut liber damnandus sit, cum hæreditati, h. e. dominæ, furtum fecerit, dominus autem dominave, ne quidem post manumissionem contra servum actionem furti similemve habeat. Sed ista quidem ratiocinatio fallere videtur, licet enim, juxta fictionem Romanam, per hæreditatem, velut dominam, aut etiam, seposita illa fictione, simpliciter futuro hæredi furtum

 fiat,

fiat, & hic deinceps manumittat, attamen id merito attendendum fuisset, quod ista manumissio non sit *voluntaria* sed *necessaria*, adeoque ex ea neutiquam consensus de remittenda manumissi obligatione futura colligi queat, id quod etiam Prætor Romanus agnovit, hinc non tantum præceptum naturale de damno sarciendo ad hunc casum applicavit, sed & insuper delinquentem pœna affecit *h. t.* sed cum, ob defectum mancipiorum, casus iste hodie non existat, ideò & applicatio præcepti naturalis, & dispositio pœnalis ignoratur.

Tit. V.

FURTI ADVERSUS NAUTAS, CAUPONAS, STABULARIOS.

Observ. MCCXVI.

Hinc differt ab actione naut. caup. stabular) Non opus videtur aliquod comminisci discrimen. Supra Tit. *Naut. Caupon. stabul.* actum est de *actione ex recepto*, quæ rem persequitur, ac ex quasi contractu descendit, quam ab actione hujus tituli differre, manifestum est, nec de hoc dubitatur aut quæritur. Præterea in *d. Tit.* incidenter saltem facta est mentio *alius actionis*, quæ ex culpa seu quasi delicto Cauponis cæterorumque oritur, ac in duplum competit, hæc vero *h. t.* ex professo explicatur. Quando autem ipse exercitor navis, cauponæ vel stabuli, furtum commisit, adeoque ex vero delicto tenetur, tum actio dupli, quæ contra ipsum competere dicitur, est ordinaria actio furti nec manifesti, hinc non dubitem, quin, si exercitor

tor in furto deprehendatur, quadruplum præſtare debeat. Sed in re obſoleta quivis ſuo ſenſu abundet!

TIT. VI.
SI FAMILIA FURTUM FECISSE DICATUR.

OBSERV. MCCXVII.

HIc agitur de furto) Hujus tituli nullum eſſe uſum, vix admonendum eſt, nam nec pœna pecuniaria furti eſt in uſu, nec mancipia occurrunt. Quodſi tamen alicubi talia reperiantur, tum pœna corporis afflictiva afficientur, graviori aut leviori, prout dominus damnum reſtituerit vel non.

TIT. VII.
ARBORUM FURTIM CÆSARUM.

OBSERV. MCCXVIII.

HOc eſt privatum delictum) Uti omnibus gentibus delictum hoc notum, ita hodie publicum eſt, cum dubio procul, poſt damni reſtitutionem læſo factam, pœna publica i. e. talis, cujus emolumentum non ſentiat læſus, in ſingulis Germaniæ ditionibus delinquentibus, imponatur, ut nec quoad delicti hujus cognitionem, nec ejus pœnam, multum Romanis debere videamur.

OBSERV. MCCXIX.

Non radicitus evellendo) Hoc factum mitius coercetur, quia rarius eſt, nam rarò utique quis arborem radicitus evellit, ſed ſæpe ex laſcivia vel petulantia cædit

dit aut deglabrat, hinc graviori pœna hæc malitia coercenda eſt.

TIT. VIII.
VI BONORUM RAPTORUM ET DE TURBA.

OBSERV. MCCXX.

Rapina) Eſt delictum & apud omnes Gentes uſitatum, & adeò ex generalibus principiis ſatis notum. Hæc tamen Romana videntur (1) quod ſit delictum privatum, ſed hodie eſt publicum (2) quod rapina ſit vel manifeſta, vel nec manifeſta, nec obſtat *l. 80. §. 3. de furt.* nam raptor, pro fure manifeſto habetur quoad actionem rapinæ, quæ ſemper in quadruplum datur, aſt intuitu actionis furti, diſtinctio illa omnino obtinet, hodie tamen illa nullius eſt uſus (3) quod vis compulſiva levius exiſtimetur delictum quam ablativa *lit. fr. n. 3.* quod nec rationem habet, nec hodie ſervatur.

OBSERV. MCCXXI.

Inde res ſit vitioſa) Rapinâ commiſſâ lex poſitiva rei ablatæ inhibet uſucapionem, raptor ex jure naturali obligatur ad damnum penſandum, ac lex poſitiva pœnam ei imponit, quâ quidem in re, definitionem legis civilis nos non ſequi, ipſe *AUTOR* admonet, ut adeo nihil iterum Romanis hic debeamus.

OBSERV. MCCXXII.

Damnum dolo malo coadunatis hominibus datum) Duo delicta, quæ hic memorantur, etiam communia ſunt, ac id, quod naturale eſt, damni ſcilicet reſtitutio, hodie obtinet, ſed pœnam juris Romani obſervari, ob conſtans fori ſilentium, non crediderim.

TIT.

TIT. IX.
DE INCEND. RUIN. NAUFR. RATE, NAVE EXPUGNATA.

OBSERV. MCCXXIII.

Hic agitur de damno) Ille quoque, qui occasione incendii similisve calamitatis, furtum facit vel damnum dat, naturaliter ad damni restitutionem tenetur, ratio verò puniendi civilis, de qua *h. t.* iterum recepta non est, sed potius pœna in foris Germaniæ consueta locum habet, ita quidem ut incendii aliûsve infortunii, velut circumstantiæ delictum aggravantis, habeatur ratio.

TIT. X.
DE INJURIIS ET FAMOSIS LIBELLIS.

OBSERV. MCCXXIV.

INjuria) Delictum injuriæ, est fœtus animi valde impotentis & iracundi, hinc hominibus superbis aut imprudentibusque vilibusque valde est familiare, de cætero uti illud in omnibus gentibus reperitur, ita ejus cognitio ex communibus principiis dependet, hinc quæ *AUTOR* hic commentatur, ea non juris civilis, sed Gentium sunt.

OBSERV. MCCXXV.

Etiam mediate per personas alias) Hoc tamen est juris Romani, quod injuria certis personis illata, ad alios etiam pertineat, quos naturali æstimatione non tangit, ut patrem, maritum, sponsum, socerum ac hæredem

redem, de quibus *lit. P.* quo respectu adeo usus juris Romani admittendus est *confer.* **BERGER** *h. ab init.*

Observ. MCCXXVI.

Non etiam per sponsum vel maritum uxor injuriatur -- -- obst. l. 11. §. 8. h.) Ad hanc legem parum apte vulgo respondetur, quod *agat de injuria marito facta, quæ suâ naturâ simul uxoris injuriam contineat*, nam diserte dicitur, quod *marito actio injuriarum non detur*, quis vero dubitet, quin maritus ob injuriam sibi illatam, agere possit? Quare si conjungamus *§. 7.* apparet, ibi esse sermonem de injuria *soli uxori* illata, ob quam posse uxorem agere, quis ambigat? Nimirum in *d. §. 7.* contenditur, quod liberto adversus Patronum actio injuriarum non detur, hinc amplius sequitur, quod libertus nec ob injurias, liberis vel uxori illatas, agere queat, ipsis tamen liberis aut uxori, cum patri maritove non detur, actio injuriarum deneganda non erit *d. §. 8.*

Observ. MCCXXVII.

Etiam conditionale) Circa dictionem conditionalem distinguendum videtur, utrum *quis sine ulla necessitate conditionem adducat, sub eaque injuriosum quid proferat*, v. gr. si quis marito dicat; si tua uxor scortatur, tu es cornutus, an *occasione conditionis aliunde oblata, accedente quandoque aliqua dicendi necessitate, quid pronunciet* v. gr. si quis de aliquo narrari audiat, hoc vel illud ipsum commisisse, ac addat, si hoc ita est, erit profecto insignis deceptor, aut si quis alicujus rei, parum honestæ, ab aliquo insimuletur ac defendendi animo dicat, se alterum, si hanc de se habeat opinionem, pro viro honesto non habere. Illo casu condi-

ditio injuriam non excludet, cum satis liqueat, irridendi & vexandi animo, totam illam orationem esse adornatam, hoc verò, ab animo injuriandi oblata conditio dicentem reddet immunem.

OBSERV. MCCXXVIII.

Nec veritas objecti criminis) Cum dictio in se optima ad injuriam pertinere queat, si malo animo proferatur, dubium non est, quin vera etiam dictio injuriam continere possit; vulgaris tamen quæstio: *an veritas convitii excuset injuriantem?* non recte concepta videtur, cum convitii & injuriantis nomen, jam sit illegitimum, ac injuriam contineat, nec adeò de excusatione amplius quæri possit, indifferente igitur termino potius utendum, ac quæstio ita concipienda est, *an veritas dictionis*, seu ut *AUTOR* dicit, *objecti criminis*, adde, *aliusve rei proferentem excuset?* Licet autem, ut jam diximus, veritas objectæ rei non simpliciter injuriam excludat, hoc tamen eam operari putem, ne animus injuriandi præsumatur sed probandus sit. Circa quod amplius distinguendum videtur, utrum *res vera & indifferens*, v. gr. defectus naturalis, an *per se injuriosa*, ut crimen objiciatur. Priori casu proferens ab animo injuriandi immunis videtur, non tantum ob *veritatem*, sed & *indifferentiam* rei objectæ, quia tamen sine necessitate ferè illa adducuntur, hinc talis commemoratio facilè in injuriam incidit, ac circumstantiæ modo memoratæ eliduntur. Posteriori casu sola *veritas* proferenti succurrit, sed ad ejus efficaciam intelligendam, videndum est, utrum *delictum præteritum & jam punitum*, an *præsens* objiciatur, illo casu veritas ei non valde patrocinabitur, cum enim commemoratio delicti præteriti, ob nullum alium

finem

finem fieri ferè possit, hinc proferens injuriæ satis videtur esse manifestus, hoc verò, alium scopum intendere potuit, forte enim delictum commemoravit animo emendandi, aut ex justo zelo & indignatione, hinc ob has circumstantias animus injuriandi non statim est præsumendus, sed reus, si aliter de animo constare nequeat, invito etiam actore, ad juramentum purgatorium admittendus.

OBSERV. MCCXXIX.

Per illatam injuriam fama injuriati non læditur) Nullum delictum quidem læso jus statim aufert, objectum tamen juris, rem scilicet, in quam illud competit, pleraque delicta tollere solent, sed injuria neque jus neque ejus objectum auferre apta est, nam existimatio ab integritate vitæ oritur, bonamque apud homines prudentes ac probos excitat opinionem, quæ per calumniam hominis improbi auferri, extingui vel imminui nequeunt.

OBSERV. MCCXXX.

Hinc mechanicorum consuetudo improbatur) Hactenus illa consuetudo rationi repugnat, quatenus injuriâ affectum, pro infami habet, quasi scilicet alterius calumnia existimationem alicui auferre queat, sed nonnunquam consuetudo eo pertinet, injuriatum, qui injuriam inultam sinit, criminis objecti conscientia tacere, adeoque velut facinoris reum, integrâ existimatione non gaudere, nec adeo in collegio opificum tolerandum esse, quo sensu non plane absurda est. Interim quia res illa incerta & dubia est, nec privatis convenit, sibi ipsis jus dicere ac ab executione auspicari, hinc meritò in genere illa improbatur, *vid.* Ord. Polit. *JOH. GEORG. II. tit. 21. §. 11.* ubi

opi-

opifices infamia puniuntur, qui injuriatos collegio expellere conantur.

Observ. MCCXXXI.

Ad hanc vindictam dantur remedia) Delictum injuriæ merito quidem in foro civili coercetur, cum nulla appareat ratio, quare in gratiam hominis malitiosi, alter injuriam gratis devorare debeat, inprimis cum cuivis homini delicatam quandam sui æstimationem natura inseverit, ac contemtus plerisque perinde molestus acerbusque sit, ac læsio corpori vel vitæ illata. Interim fatendum est, quod multi in vindicandâ injuriâ excedant, ac injuriantis stultitiam & malitiam, vindicando vel imitentur vel superent, dum leves injurias gravi supplicio coerceri postulant, ac adeo actione sua injurias non tam repellunt, quam inferunt. Præterea, cessante licet illo abusu, exquisitissimo odio, ac summo animi rancore, actio injuriarum tractari solet, cum tamen, sepositis pravis affectibus nil nisi legitima satisfactio & pœna exigenda foret. Optimè fortassis huic abusui occurri posset, si injuriatis nil nisi denunciatio, omnis verò injuriæ coercitio, Magistratui permitteretur. Sed sunt forte rationes, quas in rebus agendis parum exercitati non satis intelligunt, ob quas ratio contraria hactenus obtinuit; In Saxonia Electorali, regulariter ob injurias, inquisitio ne quidem locum habet, *vid.* Erorter. der Landesgebr. de anno *1612.* tit. von Justitiensachen §. und weil beydes die Rechte *CARPZ. p. 4. C. 42. D. 4. Pr. Crim. p. 3. qu. 107. n. 34.*

Observ. MCCXXXII.

Mere pœnalis) Ita utique sentiunt, qui accuratissime hanc rem expedire volunt, & sententiæ illi constan-

ſtanter etiam hactenus adhæſi, ſed dum denuò eam expendo, contraria doctrina, quod ſcilicet actio æſtimatoria, ſit rei perſecutoria, veriſimilior videtur, nam (1) contemtus ſeu injuriæ perpeſſio, quæ mali aut damni rationem utique habet, æſtimatur, hinc æſtimationis illius præſtatio pro damni reſtitutione haberi debet, & ſi (2) datur doloris vel deformitatis æſtimatio, quæ pro pœna non habeatur, quod omnes concedunt, cur non etiam eodem ſenſu, ludibrii æſtimatio locum inveniat? in ſpecie (3) contra *AUTOREM* aliosque, qui eandem ſententiam ſequuntur, efficax eſt argumentum ab actione recantatoria deſumtum, ſi enim hæc eſt rei perſecutoria, cur non & æſtimatoria, in illa enim malum, quod quis perpeſſus eſt, alio malo, in hac, pecunia æſtimatur? Nec obſtat (4) quod nullum damnum exiſtimationi ſit illatum, adeoque eo nomine nihil reſtitui aut penſari queat, nam non exiſtimationis amiſſæ, ſed ludibrii & contemtus tolerati æſtimatio ſit, & cum dolorem corporis pecunia æſtimare liceat, cur non & dolorem animi? Porro non obeſt (5) *§. 10. J. de injur.* nam pœna ibi paulo laxius ſumitur pro eo quod dolorem in præſtante excitat, quo ſenſu exſolutio pecuniæ debitæ, etiam pœnæ rationem habet, ac pœna dicitur in *l. 1. §. 4. de eo per quem factum.* Atque eadem reſponſio (6) quadrabit etiam ad *l. 2. §. 4. de collat.* ſi quidem huic aliquid efficaciæ ineſſe putes, quamvis, æſtimationem injuriæ pro pœna haberi, exinde quidem non liqueat, ſed oppoſitio, quæ ibi ſit, potius contrarium oſtendat. Admiſſa autem hac ſententia, Injuria quoque erit delictum publicum *vid.* Obſerv. *1199. n. 2.*

O a-

OBSERV. MCCXXXIII.

Et dicitur dissimulatio) Quod ex amica injuriati cum injuriante, conversatione, injuriæ remissionem elicuerint Romani, vel eorum interpretes, id regulis recte ratiocinandi, non adeo consentaneum est, nam conversatio illa nihil amplius ostendere apta est, quam rancorem animi cessare, qui sane semper cessare debebat, non autem, jus legitime quæsitum, ac sine pravis affectibus in actum deducendum, esse remissum.

OBSERV. MCCXXXIV.

Ad famæ quodammodo læsæ restitutionem) Actionem ad palinodiam, pro rei persecutoria haberi posse arbitror, non tamen eò deveniendum est, ut famam læsam recantatione restitui existimemus, nam, ut ostendimus Observ. *1232.* ludibrii vel contemtus perpessio æstimatur, & sicut alias pro damno, quod accepimus, non præcisè pecuniam, sed rem aliam quoque exigimus, ita hic recantatio satisfactionis loco est.

OBSERV. MCCXXXV.

Et hæredibus licet lis nondum sit contestata) Dolorem corporis vel animi nemo æstimare potest, nisi qui eam perpessus est, aut cui is arbitrium æstimandi concessit, hinc verius est, actionem recantatoriam demum post litem contestatam, vel motam actionem, hæredibus competere juxta sententiam *CARPZOVII*, neque verò ad id afferendum, opus est, ut actionem recantatoriam, pœnalem dicamus, ceu præcipit *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 2. in fin.* maxime cum pœnales actiones regulariter hæredibus dentur etiam ante litem contestatam *§. 1. J. de perpet. & temp. action. vid. AUTOR. de O. & A.*

& *A. n. II.* adeoque hactenus ex illo præſuppoſito nihil lucremur.

OBSERV. MCCXXXVI.

Et hæredes, modo lis cum defuncto fuerit conteſtata) Rectius omnis transmiſſio negatur juxta doctrinam *CARPZOVII p. 4. C. 42. D. 13.* licet is non ſatis caute loquatur, nam recantatio merito pro actu perſonaliſſimo habetur, adeoque hæc ſatisfactio â ſolo injuriante fieri poſſe exiſtimanda eſt.

OBSERV. MCCXXXVII.

Revocans non ſit infamis) Ego quidem non improbo ſententiam, quæ infamiam excludit, cum in univerſum, infamia juris abſurdum puniendi genus ſit, interim ſi ex rationibus juris civilis diſputandum ſit, illa non adeò certa videtur, ſi enim is, qui tranſigit, ac adeo præſumtivè crimen fatetur, infamis fit *l. 4. §. fin. l. 5. de his qui not. infam.* cur non etiam ille, qui recantando delictum ejusque injuſtitiam aperte agnoſcit? nec obſunt rationes in contrarium allatæ, *nullibi hoc diſpoſitum eſſe*, nam per conſequentiam hoc utique diſpoſitum eſt, aut, *hanc actionem eſſe rei perſecutoriam*, tales enim ſunt etiam actio mandati, depoſiti, tutelæ & pro ſocio, quæ nihilominus ſunt famoſæ *§. 2. J. de pœn. temer. litigant.*

OBSERV. MCCXXXVIII.

Diſſ. Carpzov. p. 2. qu. 95. n. 26.) Ex ſua ſcilicet hypotheſi, quâ actionem æſtimatoriam pro rei perſecutoria habet, hinc eam cum actione criminali, cumulari, ac pœnam pecuniariam, carceris vel relegationis, præter injuriæ æſtimationem, poſſe exigi contendit, quam ſententiam nunc probo, per ea quæ dixi Obſerv. 1232.

OBSERV. MCCXXXIX.

Diss. Carpz. 4. C. 42. D. fin.) Ubi negat, quod actio recantatoria & æstimatoria cumulari queant, quia utraque, ex ejus sententiâ, rei persecutoria est, quod iterum probo. *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 2.* cumulationem ex eo negat, quod utraque actio sit pœnalis. Id addo, concursum cumulativum, quem *AUTOR* defendit, etiam locum habere posse, si usus constans judiciorum id jubeat, licet hypotheses modo relatas supponas, nam rei natura non repugnat, quo minus duæ actiones rei persecutoriæ vel pœnales cumulative concurrant, cum ambæ simul adæquatam rei æstimationem vel pœnam continere queant. Interim regulariter ex istis hypothesibus concursus cumulativus negandus est.

OBSERV. MCCXL.

Licita non est jure divino aut morali) Retorsionem jure divino non prohiberi ob *conditionem subjecti agentis*, quod multi volunt, â quibus non abludit *AUTOR*, solide satis ostendit *UFFELMAN. in tract. de obligat. circ. serm. c. 12.* eam tamen, si *finem* spectes, esse illicitam existimavi in *dissert. de* offic. sermoc. *hab. Lips. 1695. c. 2. §. 37.* adeo ut summa doctrinæ eo redierit: *Retorsionem esse inventum, quod obstetricante rerum moralium ignorantiâ, vel animi impotentia vel malitia invexerit, quoque viles & abjecti animi acceptas injurias utcunque solentur, quodque, velut malum inveteratum, leges civiles tolerent*, sed uti jam tum, me nihil præfracte definire, sed rectius sentientium judicio libenter cessurum esse, professus sum, ita ne nunc quidem dubitem, quin illa sententia exceptionibus & dubiis subjaceat.

OBSERV. MCCXLI.

Nec civili) Non tam dicerem, quod retorsio jure civili illicita, quam potius, quod incognita fuerit, nam textus, quos pro se *AUTOR* allegat, nimis generales sunt, nec in specie de retorsione agunt, nec enim sequitur, si vindicta privata regulariter est illicita, ergo una aut altera ejus species, etiam talis est, de cætero parum Germanorum interest, quid hac in parte statuerint Romani *conf. DECIS. SAXON. 85.*

OBSERV. MCCXLII.

Hic concurrit actio injuriarum æstimatoria) Hoc quidem est consentaneum hypothesi *AUTORIS* utpote actionem æstimatoriam, pro pœnali habentis, nam ex hac, ejus, & actionis famosi libelli, concursus electivus recte asseritur, sed non convenit hypothesi *CARPZOVII*, qui æstimatoriam, pro rei persecutoria habet, hinc eam cum actione famosi libelli cumulativè concurrere dicendum erat, & is tamen *d. p. 4. C. 44. D. 5.* diserte electivum asserit. Aut ergo ipsum sibi contradixisse existimandum, aut hæc doctrina de casu speciali, ubi autori famosi libelli fustigatio imposita, accipienda est, nam cum tali pœna, injuriæ æstimationem simul, jure Saxonico, exigi non posse docet *IDEM Pr. Crim. qu. 95. n. 25.*

OBSERV. MCCXLIII.

Vel recantatoria elective) Hoc & *CARPZOVII* & *AUTORIS* hypothesi, juxta quam actio recantatoria, rei persecutoria est, repugnat, hinc, nisi itidem de casu speciali, gravioris scilicet pœnæ impositæ, quem modo memoravimus, accipias, & id saltem quoad jus Saxonicum, falsum existimari debet, & si in injuria leviori actio recantatoria & criminalis concurrit, quod

quod *AUTOR* concedit *lit. SS.* cur non etiam in famoso libello, tanquam injuria graviore? Ratio sane *CARPZOVII legem pœnalem de famosis libellis nihil dispoſuiſſe de recantatione, ergo ſine lege nihil aſſerendum,* nimis diluta eſt, nam hoc opus non fuit, actio injuriæ aliûs criminalis, etiam de recantatione nihil disponit, & tamen hæc duo cumulari poſſunt! fruſtra exigimus peculiarem legis diſpoſitionem, quando ex natura actionum res decidi poteſt.

OBSERV. MCCXLIV.

Non etiam retorſio) Quia, ut ait *CARP ZOV. d. l. D. 7. famoſi libelli autor eſt incognitus.* Sed illa ratio parum probat, nam ſi incognitus eſt, tum etiam non poterit contra eum actio inſtitui! hinc ſupponi debet caſus, ubi autor detectus eſt, quo ſane, retorſionis uſum nihil impedit. Imo crediderim etiam contra incognitum retorqueri poſſe, licet enim Autor nominari nequeat, ſatis tamen eſt, ſi dicas, te autorem, quisquis ille fuerit, pro tali habere, qualem te eſſe, falſo calumniatus ſit, nec obſtat, quod *inſinuatio ignoto fieri nequeat,* nam nec illa ſemper neceſſaria videtur, cum retorſio typis exſcribi, atque ita hominum notitiæ inſinuari queat, quæ retorquendi ratio etiam contra vagabundum obtinebit. Interim fateor, in caſu autoris ignoti, non facile locum eſſe habituram retorſionem, cum libelli famoſi concrematio, manu carnificis peragenda, quæ retorſione gravior videtur, poſſit urgeri.

TIT. XI.
DE EXTRAORDINARIIS CRIMINIBUS.

OBSERV. MCCXLV.

HÆc ſunt) Delicta extraordinaria, hodie eſſe *Publica*, Obſerv. *1199*. oſtendimus, hinc ſollicitudo, quæ inquirendæ delictorum illorum idoli impenditur, in Germania nullius eſt uſus. De cætero in genere circa ea notandum, damni, ſi quod datum eſt iſtis delectis, reſtitutionem, ſemper ex lege naturali eſſe faciendam, pœnam verò ex definitione legis poſitivæ imponi, qua in re, non raro à legibus Romanis abeunt mores noſtri, ut illarum non ubique aliquis ſit uſus.

OBSERV. MCCXLVI.

Licet ſine vi fiat) Circa hoc crimen duplex dubium oritur (1.) *cur ſtuprum conſummatum ad delicta extraordinaria referatur, cum tamen ad publica ſpectet?* forte dicendum, interpellationem de ſtrupro, eſſe tantum delictum extraordinarium, ipſum verò ſtuprum cum ſequi aliquando ſoleat, ideo obiter quoque ejus pœnam recenſeri (2.) *cur ſtuprum non violentum capite puniatur?* hoc ſane *AUTOR* negat *lib. 48. tit. 5. n. 2.* videtur aſſertio hujus tituli capienda de ſtupro doloſe perſuaſo hominibus innocentibus, ut puero, puellæ aut mulieri ſimplici *vid. COLER Deciſ. 176. n. 116. THEODORIC. colleg. crim. c. 6. aph. 4. n. 36.*

OBSERV. MCCXLVII.

Abortus procuratio, quod punitur jure civili temporario exilio) Apud Romanos olim abortus procuratio fuit extra pœnam, adeo ut à ditioribus fœminis Romæ quotidie & fere palam, ſi fides *JUVENALI Sat.*

Sat. 6. verſ. 500. ſeqq. hoc ſcelus admitteretur, poſtea verò ab Imperatoribus *SEVERO* & *ANTONINO* temporario exilio fuit punitum *l. 4. h. t.* quos Cæſares *JCTUS* in *l. 39. de pœn.* dubio procul etiam intelligit. Ultimo autem ſupplicio abortus procuratio non fuit punita, non obſtat *l. 38. §. 5. de pœn.* nam non agit de partu abacto, ſed de homicidio, ac per *hominem* ibi intelligitur mas ac fœmina, cui poculum amatorium vel abortionis, propinatum fuit, non vero partus in utero exiſtens, nam ut ad hunc quoque vocem *hominis* extendamus, ceu præcipit *A. Mathæ. h. c. 1.* nulla ratio poſtulat. Porro non obeſt *l. 39. de pœn.* nam quod ibi ex Cicerone refertur, id pertinet ad mulierem in Aſia exiſtentem, ac potuit legibus moribusque alicujus in Aſia gentis, quæ ſuo jure uteretur, quod multis contigit, ſi recte judicari, ſed jam quæſtio eſt de uſu juris Romani, ſecundum quem tantum abeſt, ut tempore Ciceronis abortus procuratio ultimo ſupplicio fuerit punita, ut ne quidem aliqua pœna locum habuerit, *vid. NOODT Jul. Paul. ſive de part. expoſit. & nece apud vet. c. 12.*

OBSERV. MCCXLVIII.

Qui dardanarii dicuntur) A Dardano, mago quodam, â quo etiam artes magicæ, dardanicæ dicuntur *STRUV. in S. J. C. exerc. 48. theſ. 80.* ſic *COLUMELLA* in horto ſuo:

> *At ſi nulla valet medicina repellere peſtem*
> *Dardaniæ veniunt artes.*

vid. FABR. Lexic. voc. *Dardanus.* De cætero annonæ fraudator & dardanarius in eo differunt, quod ille annonam tantum, hic omnis generis alias merces

etiam supprimat ac cariores reddat, hinc quoque *Pantapola* audit, quæ differentia ex *l. 6. h. t.* satis patet *vid. A. MATH. de crim. de annon.*

OBSERV. MCCXLIX.

Crimen saccularii) Saccularii & directarii olim â furibus aliis separabantur, quia in hos pœna pecuniaria regulariter saltem erat statuta, illi autem graviori pœna digni videbantur, sed hodie, cum fures pœna corporis afflictiva coerceat, eâdem cum his classe illi censendi sunt *vid Dn. STRYKII dissert. de* Directar. *hab. Francof. 1667.*

TIT. XII.
DE SEPULCHRO VIOLATO.

OBSERV. MCCL.

HOc est crimen) Crimen sepulchri violati utique contra socialitatem, mortuis & vivis debitam, est, adeoque lege naturali etiam prohibitum censeri debet. Hodie tamen non adeo frequens videtur, cum præsupponat sepulchra privata & in locis privatis existentia, hæc enim facile ab aliis vel violari vel inhabitari poterant, hodie vero, ubi in locis publicis sepulchra reperiuntur, utrumque rarius erit.

OBSERV. MCCLI.

De quo agitur civiliter) Damnum, si quod dederit sepulchri violator, ex lege naturali resarcire cogitur, præterea lex positiva ei pœnam imponit. Hodie neque pœna Romana neque modus eam exigendi, in usu esse videntur, sed judex potius vel ex officio, vel ad instantiam læsi, delinquentem arbitrariè punit. vid. tamen *CARPZOV. Pr. Crim. qu. 83. n. 64. 65. 66.*

OB-

OBSERV. MCCLII.

Locum non habet hæc actio) Crimen sepulchri violati debet constare suis requisitis, hinc in specie admitti non videtur, si quis ejecerit mortuum ex eo loco, in quo alter sepeliendi jus non habebat, nam videtur omninò ad hoc crimen requiri talis locus, qui ad alium optimo jure pertinebat, citra hunc enim nec verus dolus, nec atrocitas facinoris adest, quo etiam collimant textus, quibus *AUTOR* utitur, non obstat *l. 8. de relig.* nam injuriam quidem, sed non crimen sepulchri violati committi docet, nec *l. fin. h.* (per quam *AUTOR*, sibi ipsi contrarius, dissentit supra *tit. de Religios.* verbis : *si quis mortuum)* commode enim restringi potest ad locum alienum. *vid.* Observ. *299.*

OBSERV. MCCLIII.

Si quis cadavera punitorum spoliaverit) Non unum, sed duplex delictum nominandum erat, si quis (1.) defunctorum (2.) punitorum cadavera spoliaverit, de utroque agit *CARPZ. de qu. 83. n. 53. seqq.* ac pœnam suspendii locum habere negat, quod quidem, quoad punitos, manifestam habet rationem, horum enim vestes aliæque res, rarò alicujus sunt pretii, præterea pro rebus nullius non immerito habentur, hinc etiam non tam ablatio, quam petulantia, qua locus justitiæ publicus violatur, punitur. Quoad defunctos verò nulla ratio suppetere videtur *Dn. STRYK in not. h.* quare *eorum spoliatores, non perinde ut alii fures, suspendio afficiendi sint, cum nunquam sine violentia aperiantur sepulchra, & ratio, quod mortuus nihil possideat, sit mere civilis nec malitiam spoliatoris minuat.* Possent tamen fortassis hæ diversitatis rationes reddi: furtum vivis illatum, esse frequentius, defunctorum spo-

ſpoliatione, magis etiam nocere, cum ejus occaſione ſæpe homicidia fiant, denique non minus ferè delinquere, qui res pretioſas cum defunctis tumulo inferunt aliorumque adeo cupidinem ſtimulant, quam qui eas auferunt, hinc cum illi ſint extra pœnam, communi hominum ſtultitiâ eorum cauſam orante, nec hos adeo graviter coercendos eſſe.

TIT. XIII.
DE CONCUSSIONE.

OBSERV. MCCLIV.

Est crimen extraordinarium) Concuſſio eſt delictum juris Gentium, ac omnibus nationibus & notum & uſitatum, quod autem modo crimen extraordinarium, modo publicum audiat, id Romanum, & hodie nullius uſus eſt. De cætero concuſſionem cum vi compulſiva coincidere, exiſtimat *A. MATTH. h.* ſed putem diſcrimen in eo eſſe: vis compulſiva repræſentat mala aperte injuſta, ut amiſſionem vitæ bonorumque, ſed concuſſio ſub ſpecie juſti terret, dum crimina, quæ quis commiſerit, propalanda & vindicanda minatur, ac hac ratione ab iis, qui moleſtias proceſſus, aut ſiniſtram ſaltem hominum opinionem metuunt, quid extorquet. A Sycophanta Concuſſorem in eo differre dicit *A. MATH. d. l.* quod ille dolo ac fallaciis, hic vi utatur.

OBSERV. MCCLV.

Parit actionem privatam) In concuſſore eſt obligatio naturalis ad damnum reſtituendum, cum qua non *elective*, ut hic innui videtur, ſed *cumulative* concurrit obligatio ad pœnam, quam juxta definitionem juris

juris Romani præcisè imponi, haut crediderim, imo rarò de pœna concusſionis aliquid auditur, cum ab iis delictum committi ſoleat, quibus leges eludere non difficile eſt.

OBSERV. MCCLVI.

Eſt diffidatio) Hæc & in ſe delictum eſt, & ſimul gradus primus delicti ſecuturi pluribusque nocituri, ex quo ejus atrocitas dependet, ac â ſimplici comminatione, uni ſaltem damnum allatura, diſcernitur. Eſt de cætero delictum omnibus gentibus commune, inprimis tamen olim in Germania, turbido Reipublicæ ſtatu, valde uſitatum ac frequens, & ideo etiam peculari pœna coercitum fuit *add. ARUM. ad A. B. diſcurſ. 6. §. 16. 17.*

TIT. XIV.

DE ABIGEIS.

OBSERV. MCCLVII.

ABigeatus) Plenius hunc *Dn. THOMAS. in diſputat.* de Abigeat. *hab. Lipſ. 1687.* definit. *Eſt crimen extraordinarium, quod quis pecudes, & quidem minimum, unum elephantem, camelum, equum, equam, bovem, vaccam, mulum, duos vel tres aſinos, porcos quatuor vel quinque, decem capras aut oves, ſive uno actu, ſive pluribus, ſtudio & induſtria, de paſcuis vel armentis furando committit.* Cum autem hodie pœna furti ſatis dura ſit, adeoque nulla ratio, furtum & abigeatum ſeperandi, amplius ſuppetat, hinc iſtam Romanorum, quoad abigeatum ejusque pœnam, ſollicitudinem hodie ceſſare, ac illum pœnâ furti coerceri, conſequitur.

TIT.

Tit. XV.
DE PRÆVARICATIONE.

Observ. MCCLVIII.

Prævaricatio) Est crimen, quod *Processum forensem* respicit, eâque sub notione omnibus gentibus notum est. Romani ab objecti diversitate, specialius illud distinxerunt eo fine, quo nunc pro *publico*, nunc *extraordinario* crimine idem haberi posset, cujus sollicitudinis hodie nullum esse usum, cum Publica & extraordinaria crimina coincidant, facile liquet, cæterum qui prævaricabantur corrupti nummis, bovem in lingua habere, Romanis dicebantur *vid. POLLET. histor. for. Rom. l. 4. c. 3.*

Observ. MCCLIX.

Late est crimen quo quis prodita causa suâ, adversarium juvat) Potius dicendum, prævaricationem in sensu laxiori esse, *quando quis proditâ causâ alienâ, adversarium juvat*, nam si causa vere alicujus sit propria, is prævaricari nequit, cum rei suæ sit moderator & arbiter, adeoque jus suum negligere atque remittere ei liceat. Juxta hunc sensum (1.) advocatus in quovis judicio, publico, extraordinario & privato prævaricatur, si cum adversario colludat *l. 3. §. 2. h.* idem dicendum (2.) de accusatore ipso quoad judicium publicum & extraordinarium, nam utroque casu, causam Reipublicæ adversario donat, *vid. MATH. h. n. 4.* sed (3.) in judicio privato actor prævaricari nequit, quia causa ipsius est, adeoque eam impune perdere potest. Quodsi (4.) Advocatus suscepto Cliente cognitisque instrumentis, ei renunciet, in adversarii castra concedat, ac secreta causæ (quæ scilicet non in jure sed facto consiste-

ſiſtere poſſunt) huic prodat, tum eum non tam prævaricari, quam falſum potius committere cenſet *MATH. d. l. n. 5.* quæ ſollicita criminum diſtinctio, hodie exigui uſus videtur, cum pœna arbitraria in omnem eventum locum habeat.

OBSERV. MCCLX.

Proprie ut hic eſt doloſa accuſatoris colluſio) Accuſatoris nomine poſſe intelligi tum ipſum accuſatorem, tum ejus advocatum, ex prædictis liquet. Quodſi quis ab accuſando plane deſiſtat, ille non prævaricari ſed tergiverſari dicitur, *vid. l. 3. §. 3. h. t. MATH. h. n. 2.* Utrumque delictum, ob accuſationum raritatem, raro hodie occurrit.

OBSERV. MCCLXI.

Prævaricatores) Si damnum dederint, illud naturaliter reſarcire tenentur, præterea â lege civili puniuntur, ubi notandum, quod prævaricatores in ſignificatione lata, etiam nonnunquam talione puniti videantur *l. pen. h. t. add. POLLET. Hiſtor. for. Rom. l. 4. c. 3.* Hodie cum Advocati fere tantum prævaricentur, Romanorum illorum exiguus eſt uſus, ceu ipſe *AUTOR* ex Nemeſi Carolina indicat *add. CLASEN ad d. Ord. art. 115.*

OBSERV. MCCLXII.

Advocatus hic arbitrarie punitur) Hæc ad jus civile iterum pertinent, non ad ſanctionem Carolinam, de quâ immediate præcedentia agunt. De cætero uti verum eſt, quod Advocatus arbitrariè fuerit punitus *l. 1. §. 1. l. 3. §. 2 h.* ita Rei prævaricatio, aut ſi mavis, corruptio, eo modo punitur, quod is pro convicto habeatur, præter quam in ſanguine *l. fin. h.*

OB-

OBSERV. MCCLXIII.

Quomodo etiam Rei advocatus prævaricetur?) Prævaricatur ille, ex doctrina *MATTH. d. l.*, si adversario causam donet, seu cum eo, in perniciem Rei innocentis colludat, nam *l. 1. pr. §. 1. l. 3. §. 2. l. 1. C. de advocat. 1.* non distinguunt inter advocatum accusatoris & rei, id quod ipsa criminis hujus natura etiam satis confirmat. Id addo, Rei advocatum etiam videri prævaricari, si reum nocentem, artibus illicitis pœnæ subtrahat, nam ita perinde in publicas peccat rationes, ac si accusator prævaricetur *add. POLLET. histor. for. Rom. l. 4. c. 3.* ubi hoc, nisi fallor, autoritate Quintiliani confirmatur.

TIT. XVI.
DE RECEPTATORIBUS.

OBSERV. MCCLXIV.

Receptatio facinorosorum) Hæc etiam delictum commune est, ac ejus tum *indoles*, tum diversa *quantitas* ex generalibus principiis patet. Datur autem triplex velut in hoc delicto gradus, *summus* est, si receptator facinorosorum, delicta continuantium, fit socius, *proximus* ab hoc, si recipiat eos, quos malesicia continuaturos intelligit, *infimus*, si quis recipiat eum, qui ob delictum commissum nec amplius continuandum, pœnæ declinandæ causa latitat, quoad omnes, inprimis tamen ultimum gradum, diversa voluntas quoque spectari debet, utrum quis ultrò, an vehementi aliquo affectu, amicitiæ vel cognationis puta, instigatus, delinquentem receperit, qualis circumstantia delicti quantitatem merito elevat. Atque juxta hanc diversitatem, diversa etiam pœna hodie solet imponi

poni, adeò ut de pœna Romanorum, quæ quodammodo incerta & involuta eſt, *vid. MATH. h. c. 2.* non valde ſit laborandum.

OBSERV. MCCLXV.

Non etiam parentes aut cognati ſub hac pœna) Duplex quæſtio eſt (1.) *an cognati cognatum recipientes nec indicantes, pœna ordinaria, ſi detectus fuerit, teneantur?* quæ recte negatur eo caſu inprimis, quando pœnæ declinandæ cauſa ſaltem latitat cognatus, tum enim vehemens affectus excuſationem tribuit, maxime cum ad pœnam excipiendam abſoluta obligatio non ſit, quod ſi autem famoſus latro â cognatis, in ſocietatem criminis forte etiam allectis, recipiatur, tum cognatio ad excuſationem parum conferet (2.) *an â cognatis, ratione cognatorum latitantium, juramentum purgatorium queat exigi?* Hanc *AUTOR* quidem negat, ſed, ſi indicia contra cognatos militent, eam affirmandam cenſuerim, fluit ſane hoc ex natura imperii & ſubjectionis, adeoque tamdiu tenendum eſt, donec contrarium probetur, qualis probatio hic data non videtur, nam *l. 6. C. de teſt.* pertinet ad ſubditos, Imperanti autem eique ſubordinatis Magiſtratibus opponi nequit, *l. 4. de LL.* ad rem omninò non pertinet, nam licet de caſibus rarò evenientibus peculiares leges ferri non ſoleant, jam tamen latæ ad caſus etiam rariſſimos, ſi eveniant, juſtâ interpretatione ſunt applicandæ, denique quod attinet *metum perjurii,* ille nec certus, nec quoad juramentum aſſertorium â Magiſtratu attendendus eſt, cum perjuri ſibi ipſis crimen imputare debeant, &, ſi proclivitati pejerandi heic aliquid tribuere velis, facile quodvis juramentum paulo moleſtum declinari queat.

OB-

OBSERV. MCCLXVI.

Sola scientia delicti commissi-- --puniri non potest) Ex jure divino obligatio, ad delicta commissa indicanda, non est, nam pœnam delinquentibus eo jure præcisè esse imponendam, probari nequit. hinc unice ex jure humano repeti illa debet, hoc verò illam etiam regulariter non introducit, quodsi verò hoc faciat, tum ejus quoque est definire, quousque ejus neglectus in foro civili sit puniendus.

OBSERV. MCCLXVII.

Committendi) Delicta futura & committenda sciens ex lege socialitatis indicare tenetur, sed obligatio illa non præcisè ligat, si quis enim certo delicta non sciat, aut ex indicatione malum metuere debeat, vel alias Magistratui illa innotescere queant, obligatio cessabit. Quousque autem obligationis violatæ in foro externo sit habenda ratio, id lex positiva iterum decernit.

TIT. XVII.

DE FURIBUS BALNEARIIS.

OBSERV. MCCLXVIII.

Hi sunt) Diversam delictorum esse quantitatem, satis quidem certum est, sed in ea determinanda, pravo judicio nonnunquam homines utuntur. Eò pertinet, si ideo delictum gravius existimetur, quod aliorum luxui, libidini ac voluptati molestum sit, ex quo capite nonnunquam in ferarum fures ultra modum sævitur; Ex eodem fundamento forte etiam fluxit, quod fures balnearii cæteris gravius fuerint apud Romanos puniti, nam balnea Romana corruptissimos Gentis mores arguere, summamque eorum fuisse turpitu-

pitudinem, aliàs notum est. Hodie fures balnearii sunt rariores, aut rectius, sensu Romano, plane amplius non occurrunt, hinc de pœna etiam peculiariter agendum non est.

TIT. XVIII.
DE EFFRACTORIBUS ET EXPILATORIBUS.

OBSERV. MCCLXIX.

Effractio) Quatenus circa furtum aut rapinam occurrit, eatenus non peculiare delictum, sed utriusque potius pars est, ac quantitatem auget. Effractio autem carceris, quæ ab ipso incarcerato fit, est saltem delictum contra leges humanas, nam divinæ præcise pœnam imponi non jubent, ac hodie non tam peculiare delictum est, quam principale potius, propter quod quis incarceratus est, aggravat. Si vero tertius carcerem effringat, tum dubio procul alios lædit, ac in leges socialitatis peccat.

OBSERV. MCCLXX.

Commentariensi) Qui sic dicitur, quod in commentarios h. e. rationes receptarum personarum, refferat Custodias h. e. personas captas, *vid. l. pen. §. 2. in fin. de custod. redor. l. 45. §. 7. de jur. fisc. ZOES. ad ff. h. t. n. 9.* De cætero ad Ejus pœnam, præcipuè hodiernam, intelligendam triplex casus est distinguendus. Vel enim (1.) *Commentariensis positive ad effractionem concurrit*, tum eâdem pœna afficitur, qua afficiendus fuisset incarceratus, neque hoc durum videtur *CARPZOVIO*, ceu *AUTOR* putat, cum diserte Idem illud adstruat *d. l. n. 100. 101.* (2.) *Vel omittendo dolum committit, dum fugam scit, nec impedit*, hic pœna fu-

 sti-

ſtigationis decerni ſolet *CARPZ. d. l. n. 106. ſeqq.* vel (3.) *ſaltem culpoſus eſt*, & pœna arbitraria, relegationis, carceris aut pecuniaria locum habet. *CARPZ. d. l. n. 110. add. CLASEN ad Nem. Carol. art. 180. n 3. in fin.*

OBSERV. MCCLXXI.

Expilatio) Hoc delictum inprimis locum habet in urbibus populoſis, ubi audaciores fures nonnunquam domos ingrediuntur, ac hominibus præſentibus & videntibus ſua eripiunt. Illud, accedente vi majori, pœnâ Robbariæ coerceri poſſe docet *CARPZOV. qu. 90. n. 71. ſeqq.*

TIT. XIX.

EXPILATÆ HÆREDITATIS.

OBSERV. MCCLXXII.

Hoc delictum) Eſt quidem hoc etiam crimen aliis gentibus notum & uſitatum, ſollicitudo tamen illa, qua idem â furto diſtinguitur, ac crimen extraordinarium eſſe perhibetur, Romana, & hodie nullius uſus eſt. Id etiam ex communibus rationibus liquet, ab omnibus, qui aliàs delinquere poſſunt, hoc quoque delictum committi poſſe, licet non in quovis temerè præſumatur, quo pertinent cohæredes, nam hos ab hoc crimine non plane immunes pronunciant leges citatæ, ſed in iis non facile illud præſumi, ſaltem oſtendunt.

OBSERV. MCCLXXIII.

Non datur contra uxorem defuncti) Contrarium ſupra aſſeruit *AUTOR* tit. *de action. rer. amot. lit. P.* quæ res occaſionem præbuit iis, qui editiones recentiores procurarunt, ut ibidem negativè legerent, de

quo

quo ut & conciliandi ratione,ad illum locum dixi *vid.* Obferv. *789.* id addo,contra uxorem non fimpliciter videri negari actionem expilatæ hæreditatis, fed, eam non temere illius criminis effe infimulandam, faltem adftrui, hoc ex *l.33. de N. G. l.17 C. de furt. l.* 4. *C. h.t.* circumftantiis probe perpenfis, fatis liquet.

OBSERV. MCCLXXIV.

Nam tum datur actio. rerum amotarum) Contra uxorem expilantem, de qua diferte hic eft quæftio, competere actionem rerum amotarum, *AUTOR* non facile probaverit,cum ipfe docuerit tit. *de A. R. A. lit.P.* quod illa actio demum locum inveniat, fi eonftante matrimonio, divortii caufa res fint amotæ *A. MATTHÆI* quidem etiam illam actionem afferit *h.n.3.* fed ftatim addit explicationem, quod tum ei locus fit, fi vivo marito, divortii confilio, uxor res amoverit, & nunc poft mortem illius, quæftio eo nomine ab hæredibus inftituatur.

OBSERV. MCCLXXV.

Non etiam hodie ad pœnam furti odiofam & exorbitantem extendendum eft) Ut cognati, conjuges aut cohæredes, â duriori illa furti pœna immunes pronuncientur, id æquitati confentit, cum occafione adeo commodâ facilè ad delinquendum poffint allici, nec adeo atrocitas facinoris quoad eos occurrat, atque hoc faltem vult *Ord. Carol. art. 165.* Quodfi autem extraneus, juxta confueta furti requifita, hæreditatem expilet, ordinaria furti pœna erit coercendus, quod etiam *Dn. STRYKIO in not. h.* placet, *nec rationem video,* inquienti, *quare extraneus, accedente præfertim violentia, â patibulo fit abfolvendus.* Sane hæc fententia defendi poteft, five rationes juris civilis, five

morum nostrorum spectes, nam juxta illas, expilatio *furtum improbius* est *l. 12. C. ex quib. cauf. infam.* absurdum ergo fuerit, mitius punire eam, quam furtum: secundum mores autem, delicta illa minimum sunt aqualia, nam defectus possessionis, expilatæ hæreditatis crimen elevare nequit, ergo iterum absurdum foret, æqualia delicta æqualiter non punire! Parum obest *l. pen. de pæn.* nam pœnæ molliendæ potius quam exasperandæ sunt in dubio, hic autem criminum æqualitas est manifesta & certa, amplius non obstat, *quod pœna odiosa non sit extendenda*, nulla enim hic est extensio, sed simplex pœnæ ad delictum idem applicatio, nam circumstantia, qua furtum & expilatio hæreditatis disparantur, vel omninò indifferens est, vel minimum hujus quantitatem non minuit.

OBS'RV. MCCLXXVI.

Hic concurrit) Obligatur quoque naturaliter expilator ad damnum pensandum, hinc tenetur actionibus rei persecutoriis. Non obstat *l. 3. h. t.* nam si contra tertium actio rei persecutoria moveatur, contra expilatorem deinde cum pœnali cumulativè concurrere non potest, nec *l fin. C. h. t.* actio enim expilatæ hæreditatis dicitur subsidiaria, ratione aliûs actionis pœnalis, hinc cum tali etiam non concurrit, sed hoc non impedit concursum ejus cum actione rei persecutoria.

TIT. XX.

STELLIONATUS.

OBSERV. MCCLXXVII.

CRimen stellionatus) Quemadmodum, inter homines imposturæ non sunt infrequentes, ita facile liquet, crimen, quod sub stellionatus nomine Romani proponunt, aliis gentibus quoque notum esse, quod tamen

men sub nomine Stellionatus, delictis extraordinariis accenseatur, ac à Falso distinguatur, id ex sollicitudine Romanorum forensi fluit, nec hodie alicujus usus est, cum enim delicta extraordinaria & publica coincidant, ac tam Stellionatus quam Falsum arbitrarie puniantur, quid intererit, hoc an illo nomine crimen aliquod exprimas? in specie igitur controversia, an venditor rem eandem duobus vendens, stellionatum vel falsum committat, in qua non leviter sudant interpretes, *vid. MATTH. h.* hodie nullum habet usum. Porro stellionem damnum resarcire ac pœnam sustinere debere, ex communibus principiis intelligitur, determinatio autem pœnæ non præcise ex jure Romano sumitur.

OBSERV. MCCLXXVIII.

Non infamat l. 2. h. nisi circa tale negotium) Ita nonnulli *l. 2. h. t.* cum *l. 13. §. fin. de his qui not. inf.* conciliant. Sed illa negotiorum distinctio neque in *d. l. 13. §. fin.* fundatur, neque aliàs ratione nititur, cum enim stellionatus sit dolus improbior, ejus effectum ex rugulis vulgaris doli æstimare haut convenit. Dicendum igitur potius, quod stellionatus simpliciter infamet juxta *d. l. 13. §. fin.* nec obstat *l. 2. h. t.* nam per metonymiam adjuncti pro subjecto, *famosum* pro *publico* ibi accipitur. *Stellionatus judicium famosum* i. e. publicum, *quidem non est &c.* quam conciliandi rationem ab amico me aliquando audivisse memini.

OBSERV. MCCLXXIX.

Quod singulare est in hoc delicto) Nominari solent etiam alia delicta, in quibus singulare illud occurrat, seu per pœnitentiam pœna excludatur, *vid. MATTH. h. c. 2. n. 3.* Cæterum, si circa stellionatum res accuratè

examinetur, nihil singulare occurrit, nam quando quis creditoribus, quibus eandem rem dolose oppignoraverat, debitum solvit, juxta *l. 1. C. h. t.*, tum non tam delictum consummatum, quam potius conatus delinquendi saltem adest, (neque enim ex solo proposito sed & ex eventu læsionis, dolum æstimare debemus) conatus autem regulariter extra pœnam est.

OBSERV. MCCLXXX.

Hic concurrunt rei persecutoriæ) Cumulative, non obstat *l. 3. expil. hæred.* ad quam Observ. *1276.* responsum, nec *l. 56. §. 1. de furt.* ibi enim actionem pœnalem furti non sustulit concurrens rei persecutio, sed vel alia pœna, vel saltem majoris pœnæ metus, qui ibi pro aliqua pœna habetur.

TIT. XXI.

DE TERMINO MOTO.

OBSERV. MCCLXXXI.

TErminus) Eos qui terminos movent ac turbant, ad damnum resarciendum teneri, ac insuper puniri posse, communis ratio hominibus insinuat, cum porro pœna legibus germanicis sit definita, hinc liquet, nihil nos Romanis hic debere. Aliàs apud eos multa superstitiosæ quoad terminos occurrebant, de quibus *MATH. h.*

TIT. XXII.

DE COLLEGIIS ET CORPORIBUS.

COllegium) Indoles societatum humanarum â gentibus omnibus intelligitur, quemadmodum etiam earum moralitas, licitæ illæ sint nec ne, ex generalibus principiis dijudicari debet. In specie collegium ali-

aliquod, illicitum non statim est, si sine Imperantis permissu ineatur, nam si bono fine societas contrahatur (quod in dubio præsumendum) ac temporaria sit, adeò ut in abusum non facilè degenerare queat, tum ne quidem tacitus Reipublicæ consensus est necessarius, sed illa coeundi facultas ex libertate naturali superest; si vero cœtus aliquis non malo quidem fine consocietur, ob perpetuitatem tamen suam, facile rationes publicas attingere ac turbare queat, tum sine permissu publico talis consociatio illicita censeri debet. Denique si directe, delictorum gratia, collegium instituatur, tum & ipsa constitutio male se habet, & aliorum delictorum fundamentum est, hinc â bono Principe nunquam approbatur, sed dissolvitur ac alia ratione punitur *h. t.* Ex dictis autem illud sequitur, quod, si quævis, etiam temporaria, nonnullorum coitio, pro crimine alicubi reputetur, Reipublicæ morbidæ ac mali regiminis, id satis certum sit indicium.

TIT. XXIII.
DE POPULARIBUS ACTIONIBUS.

OBSERV. MCCLXXXIII.

Populares actiones sunt, quæ dantur omnibus de populo) Hæc descriptio quadrat ad actiones populares, sensu juris gentium, non juris Romani, acceptas, nam id quod præcipuum erat, nimirum *causam* & *modum* AUTOR omisit, quare sic plenius dicendum: Sunt *actiones â Prætore intuitu quorundam delictorum privatorum concessæ, quibus, juxta modum judiciorum privatorum, dato scilicet judice & actionis* for-

formulâ, res vel pœna petitur. vid. *POLLET. Histor. for. Rom. l. 4. c. 1.*

OBSERV. MCCLXXXIV.

Contra hæredes non dantur) Hoc non videtur perpetuum, nam actionem popularem aliquando in hæredes competere, diserte docetur in *l. un. §. 9. 10. ne quid in flum. publ. fiat.* Illud inquirendum, ob quas causas hæ actiones locum habuerint. Scilicet non præsupponunt illæ *peculiaria delicta popularia*, quæ nonnulli asserunt, *vid. STRUV. Jurispr. forens. l. 3. tit. 23. §. 2. tit. 25. THOMAS. in disput.* de abigeis *hab. Lips. 1687. §. 9.* nam ex legibus Romanis illa probari nequeunt. Porro non pertinent ad *delicta publica*, quamvis enim horum accusatio regulariter cuivis pateat, attamen hæc, actionis popularis nomen, apud Romanos non accepit. Hinc spectant ad *delicta privata*, non quidem omnia, sed prout Romanis visum est.

2. Quamobrem actio popularis aliquando datur ob *delicta extraordinaria*, ut crimen sepulchri violati, termini moti (nam regulariter in delictis extraordinariis soli læso competit actio, ceu patet ex *l. 3. de extraord. crim. l. 2. de concuss. l 2. de abig. l. 3. de prævar. l. 4. expil. hered. l. 4. C. eod. l. 1. C. de stellion. l. fin. de furt.*) aliquando *privata in specie*, qualia sunt apertura tabularum, corruptio albi, occisio hominis per dejectionem, aliquando *ejusmodi delicta*, ubi non de pœna, sed rei persecutione erat quæstio, quorsum pertinent alea, & varia delicta, intuitu possessionis vel rerum publicarum commissa, *vid. EKHOLT. h. §. 2.*

3. Hodie actiones populares rarò aut forte nunquam in foro Germanico audiuntur. Quodsi tamen

ali-

aliquando aliquo occurrat, erit illa, non sensu juris Romani, sed Gentium, actio popularis & sæpe cum accusatione coincidet, hinc quicquid Romani de *causa, modo* & *duratione* disposuerunt, illud amplius locum non habebit, sed potius, prout actio civilia aut criminalia respicit, consueto processu civili aut criminali tractabitur, ac tamdiu etiam durabit, quamdiu ipsum jus, ex qua oritur, aliàs durare solet.

LIB. XLVIII. TIT. I.

DE PUBLICIS JUDICIIS.

OBSERV. MCCLXXXV.

PUblica judicia sunt) Ad *dictum*, illudque sequi solitum, *judicium publicum*, jure Romano hæc requiri videntur 1.) *ut lege populi pœna sit constituta*, vid. *POLLET. histor. for. Rom. l. 3. c. 7.* (2.) *ut peculiaris adsit judex.* Sed quis? *AUTOR* respondet *lit. S.* sed nimis generaliter, *vid. POLLET. d. tr. l. 3. c. 7. 8. 9. l. 2. §. 16. 23. de O. J.* olim erat ipse Populus, hinc judicia *publica*, quasi *populica POLLET. d. tr. l. 4. c. 1.* (2.) ut *singulari modo judicium fuerit constitutum*, nempe legibus per populum jussis, rogante Magistratu Senatorio *POLLET. d. l. 4. c. 1.* (4.) ut *certo modo peractum sit judicium POLLET. l. 4. c. 2. seqq.* quæ tamen procedendi ratio, postea sub statu Imperatorio videtur exolevisse, monente *AUTORE* ex *l. 8. h. t.* qua tamen in re nihil certi definiam!

OBSERV. MCCLXXXVI.

Hodie est vel inquisitorius) Hodie *delicta publica* longe latius patere, ac omnia, quibus pœna publica imponitur, sic dici posse, jam Observ. *1199. n. 2.* ad-

 mo-

monitum est, & experientia ac usus id satis confirmant, hinc liquet, quod omnis illa fori Romani sollicitudo in Germania nullum habeat usum. Porro *judicium publicum* etiam latius patet, ejusque indoles non ex legibus Romanis, sed germanicis cognosci debet. Quis igitur in delictis publicis judicare queat, id ex statu Territoriorum germanicorum propriisque statutis petendum est, modus porro procedendi, partim communibus æquitatis & prudentiæ regulis, partim legibus moribusque propriis definitur, quorsum pertinent, quæ *AUTOR* hic retulit, ut hactenus Romanorum nullus vel exiguus usus esse videatur.

Tit. II.

DE ACCUSATIONIBUS ET INSCRIPTIONIBUS.

Observ. MCCLXXXVII.

Accusatio) Si in se illa spectetur, est juris gentium, nam omnibus gentibus eam esse notam ac coercendis criminibus, si ita visum fuerit, adhiberi posse, satis liquet, Porro eadem partim communibus æquitatis ac prudentiæ regulis, partim legibus cujusvis reipublicæ propriis dirigitur; & habebat hac in parte forum Romanum multa singularia. In Germania uti accusationum usus est rarior, ita si omninò occurrant, placita tamen Romana non per omnia observantur.

Observ. MCCLXXXVIII.

Accusant omnes) Circa hoc caput communes rationes hoc præcipiunt, ne usu rationis destituti aut suspecti, ad accusationes admittantur; quemadmodum etiam hoc juris naturalis est, ut volentes solum accusa-

re

re queant, cætera ad jus positivum pertinent, qua in re juris Romani hodie quoque aliquis usus esse potest, nisi jure germanico aliud cautum, sic milites, de quibus *lit. S. n. 7.* hodie indistincte admitti, ex *DECIANO* testatur *THEODORIC. Colleg. crim. c. 4. aph. n. 35.*

OBSERV. MCCLXXXIX.

Judex habita circumstantiarum ratione unum eligit) Hoc judicis judicium olim dixerunt *Divinationem*, quia, ut censet Gabius Bassus, judex quodammodo divinare debet, quam sententiam sese ferre par sit, *vid. GELL. N. A. l. 2. c. 4. POLLET. d. tr. l. 4. c. 2.*

OBSERV. MCCXC.

Accusantur omnes) In hoc capite etiam quædam naturalia, quædam positiva sunt. Nam ut omnes, qui deliquerunt & superiorem habent, accusari queant. illud naturale est. Ex quo etiam naturalis exceptio fluit, quod illi, qui superiorem non habent *lit. S. n. 1.* & qui usu rationis destituuntur *n. 3.* accusari nequeant, cæteræ exceptiones *n. 2. 4. 5. 6. 7.* ad jus Romanum pertinent.

OBSERV. MCCXCI.

Imperator) Quod illi, qui superiorem non habent, accusari nequeant, recte quidem dicitur, sed jejunius ex jure civili probatur, nam quod nemo in propria causa judicare queat, ea est regula juris civilis, nec quoad liberas gentes ac Imperantes obtinet, hi enim, quando bello inter se decertant, in propria causa utique judicant, ex hoc igitur fundamento defectus accusationis non recte repetitur.

OBSERV. MCCXCII.

Et inter reos recepti) Hic dicebantur, qui apud Prætorem legibus interrogati, crimen negabant, accusa-

torique à Magiſtratu, inquirendorum criminum dies dabatur. *vid. POLLET. d. tr. l. 4. c. 6. ſeqq.* Receptionem illam antecedebat delatio, nam accuſaturus nomen Rei ad Prætorem, vel eum, qui jurisdictioni criminali præerat, deferebat, ac ut inter Reos ille reciperetur, poſtulabat, & licet nonnunquam *delati* pro *receptis* accipiantur *v. l. 2. §. 4. ad L. Jul. de adulter.* exquiſite tamen loquendo illa differunt, nam delatio etiam quoad abſentem fieri poterat, ſed receptio præſentiam requirit, ac eſt ipſa litis conteſtatio criminalis, dum accuſator crimen impingit, alter negat, quo facto quis in reatu eſſe dicebatur ac veſtem mutabat, *vid. A. MATH. de crim. Tit. 13. c. 6. n. 1. c. 7. n. 2. ſeqq.* Cæterum illos Romanorum ritus, in Germania non obſervari, per ſe liquet ac vix admonendum eſt.

OBSERV. MCCXCIII.

Mortui) Pœnæ non ſunt præciſè imponendæ, ſed hactenus ſaltem, ne publico permiſſu quis delinquere cenſeri queat, atque ita vel ipſe vel alii, ad ſimilia majoraque patranda, invitari videantur. Ex quibus ſequitur, quod, mortuo delinquente, pœna recte omittatur, hinc etiam apud Romanos, ne quidem poſt litem conteſtatam, in delictis publicis, pœna pecuniaria regulariter exigebatur *l. 20. h. t.*

OBSERV. MCCXCIV.

Modus procedendi hic eſt) Quicquid circa hunc communes æquitatis ac prudentiæ regulæ exigunt, v. gr. ut reus audiatur, defenſio concedatur ac legitimæ probationes requirantur, id ubique obtinere debet, præterea vero leges poſitivæ varia hic diſponunt, qua in re magis ad patrias, quam extraneas eſſe reſpiciendum,

dum, facile liquet. Quæ *AUTOR* recenset, ad mores potius Germaniæ, quam jus Romanum spectant.

OBSERV. MCCXCV.

Offertur libellus) Juxta jus Romanum antiquum ita se ferè res habebat: Primo *deferebatur nomen* rei ad Judicem, sequebatur accusatoris *inscriptio*, qua profitebatur se e. gr. Milonem deferre lege Cornelia de sicariis, eumque reum â se peractum iri, id quod fiebat vel libello judici porrecto, vel in Codice publico querela deposita. Jungebatur porro inscriptioni *subscriptio*, qua is, libellum accusationis porrexit, testari debebat, se professum esse, simulque se ad pœnam talionis, si calumniæ convictus fuerit, obligabat, *vid.* *MATH. de crim. Tit. 13. c. 6. n. 1. 2.* His peractis *præscriptionibus dilatoriis* nonnunquam utebatur Reus præsens, absens verò *citabatur* ac *lis* per interrogationem & negationem *contestabatur*, recepto Rei nomine prodictaque die, instruendæ accusationis gratia. *MATH. d. l. c.* 7. olim quoque Judex jurabat ac accusator calumniæ præstabat juramentum *ID. d. l. c. 8.* *Prodictio* vel *prædictio* diei nihil aliud erat, quam jussus judicis, quo partes certo die adesse jubebat. Terminus autem videtur fuisse arbitrarius, aliquando trinundinum i. e. 27. dies complectebatur. Partibus in termino comparentibus accusator crimen inferebat, reus diluebat, nonnunquam actio dividebatur, adeo ut prima actione perfecta, post tertium diem secunda institueretur, quod *Comperendinationem* dicebant, a qua differebat *Ampliatio*, illa enim fiebat ex præscripto legis, tertio die, hæc vero ex arbitrio Prætoris, quocunque die, si judicibus non liqueret, tum enim Prætor ex Consilii seutentia, *amplius cognoscendum esse*, pronuncia-

ciabat *ID. d. l. c. 9.* Reconventiones autem criminales, seu Reaccusationes, quæ *Anticategoriæ* vocabantur, regulariter erant prohibitæ *ID. d. l. c. 10.* Locus quoque erat *dilationibus ID. d. l. c. 11.* sequebantur etiam alia processus criminalis capita, ut *custodia & exhibitio reorum, probatio, quæstiones, sententia* ac ejus *executio, vid. ID. tit. 14. seqq.* Sed ista tetigisse sufficiat, accuratiorem illorum discussionem instituant illi, quibus antiquitates Romanas, professa opera scrutari placet.

Tit. III.

DE CUSTODIA ET EXHIBITIONE REORUM.

Observ. MCCXCVI.

Exhibendus est reus alibi degens) Fluit exhibitionis necessitas, quatenus hic spectatur, ex *imperio civili* adeoque præsupponit judices subalternos, uni Imperanti subjectos. Posset igitur in Territoriis Germaniæ, qui uni Domino subsunt, etiam locum habere, sed videtur ideo cessare, quod jurisdictio patrimonialis judicibus inferioribus plerumque concedatur. Quoad Gentes liberas autem, quibus suo modo Status imperii germanici annumerandi sunt, exhibendi necessitas, ex illo principio repeti nequit, hinc hactenus exhibitio est voluntatis & libertatis. Cæterum uti eo nomine pacta iniri, ac per ea exhibendi necessitas produci potest, ita iis sepositis, ex ipsa etiam rei hujus indole, necessitatem exhibendi profluere, & jactatam hic libertatem, satis certo fundamento non niti, Observ. 155. ostendere conatus sum.

Ob-

Observ. MCCXCVII.

Exhibitus custoditur) Non exhibitus tantum, sed in genere quivis Reus, si delictum aliæque circumstantiæ hoc exigant, incarcerandus est. De cætero patet, quod tota hæc tractatio fere juris Gentium, non Romani sit. Quid & quotuplex carcer sit *lit. D.* hoc ex communibus principiis omnes homines intelligunt. Porro ex societate & imperio civili patet, quod jus incarcerandi, sit penes Imperantem ac Magistratus ei subjectos, quodque privati, sine illorum permissu, id sibi arrogare nequeant, in secus facientes lex positiva pœnam statuit, nec præcise observatur jus Romanum *lit. C.* Porro uti certum est, quod Magistratus ex jure naturali & regulis prudentiæ obstrictus sit ad delinquentes carceri mancipandos, ita æquitas quoque postulat, ne sine prævio delicto ac legitimis indiciis hoc faciat *d.lit.C.* Ut quoad personas delinquentes, aliquod discrimen observetur, id æquitas obscurius innuit, hinc lex positiva illud certius determinat *lit.P.* nec dubitem, quin nonnunquam ex vitiosa προσωποληψίᾳ aliquid jure humano sanciatur. Ut autem carcer tolerabilis sit *lit.F.* id æquitas manifeste suggerit, neque enim hactenus pœna, sed medium ad eam perveniendi, saltem est, interim tamen carcer, res molesta, ac eo sensu, incarcerato pœna est. Porro tam lex naturalis quam prudentia à judice requirit, ut plures alicujus criminis reos separet, nam alias finem intentum non facile obtinebit *lit. F.* Denique certum est, quod judex ob neglectum officium, tam ad damnum resarciendum, quam pœnam naturaliter obligetur, quam leges positivæ determinant *lit. E.*

OBSERV. MCCXCVIII.

In carcerem perpetuum nemo damnandus lit. F. n. 3.) Quæstio mere Romana, & hodie nullius usus est, *an apud Romanos carcer etiam fuerit pœna*, vel si hæc non recte concepta videtur, *an pœna carceris perpetui apud eos fuerit in usu? AUTOR* negat eam, nec obstat *l. 3. ff. l. 2. C. h. t.* nam pœna ibi improprie, pro malo aliquo molesto sumitur, nec *l. 38. de injur.* ex sententia enim *BACHOVII* ibi *vincula publica* non notant *carcerem*, sed *opus publicum*, ad quod nonnunquam delinquentes condemnabantur *add. BROIDÆ. ad Pollet. histor. for. Roman. l. 5. c. 14. in fin.*

OBSERV. MCCXCIX.

A carcere liberatur) Non tantum carcere, sed & aliis mediis delinquens ad futuram pœnam servari potest, sed in iis adhibendis & prudentia opus est, & leges divinæ observari debent, hinc in delictis gravioribus, præcipue quibus pœna jure divino universali imposita est, salvus conductus, non nisi in subsidium, cæteris mediis frustra adhibitis, concedendus est; *add. DECIS. SAXON. 76.*

TIT. IV.
AD L. JULIAM MAJESTATIS.

OBERV. MCCC.

Hoc delictum) Plenius paululum sic dici potest: *Est crimen, quo Respublica, quoad libertatem suam & imperium civile, ab iis, qui vinculo civili eidem conjuncti sunt læditur.* Est igitur hoc delictum ex habitu societatis civilis æstimandum, quod principium omnibus gentibus commune est. Ex hoc ergo intelligi-

ligitur, quod hoc crimen sit contra jus naturale, nam pactum, quo Imperans & subditi, in cœtum sui juris coalescunt, laudato illo jure defenditur. Amplius inde liquet, quod gradibus delictum discernatur, nam gravius utique delinquit, qui Rempublicam evertere aut Principem occidere conatur, quam qui jura aliqua Majestatica sibi arrogat, hinc divisio, *sign* † memorata, non juris Romani, sed gentium est. Porro exinde cognoscitur, quod illi tantum, qui vinculo civili Reipublicæ sint conjuncti, hoc crimen perpetrent *lit. C.* de quo mox explicatius paululum dicam. Ulterius inde condiscitur, quod hoc crimine Respublica, quoad libertatem ac imperium civile, vel in se ipsa, vel in Imperante, vel in personis delegatis lædatur *lit. O.* denique nec diversa lædendi ratio, juxta hoc principium, potest esse obscura, lex tamen positiva nonnunquam varios lædendi modos certius determinat *lit. Q. add. THEODORIC. Colleg. Crim. c. 5. aph. 4. n. 33.* quo loco etiam observandum, quod mali Imperantes in extendendo crimine Majestatis, eodemque insontibus subditis imputando, nonnunquam ultra modum sint ingeniosi.

OBSERV. MCCCI.

Non etiam advenarum aut extraneorum) Vera utique est hæc assertio, interim, quantum ad pœnam, non multum refert, an delictum, quod extraneus in Rempublicam admisit, majestatis dicere velis, necne. Si enim extraneus, qui animo hostili quid machinatus est, in potestatem civitatis læsæ redigatur, tum ejus factum eadem severitate, qua in subditis, non immeritò coercetur, utut enim non ex pacto, sicut subditus, attamen ex absolutis socialitatis regulis, cœtum sui juris,

tam graviter lædere non debebat. Socii regulariter quoque crimen læſæ majeſtatis non committunt, *vid. l. 7. de captiv. & poſtlim. MATH. de Crim. h. Tit. 2. c. 1. n. 5. 6.* Si vero ſucceſſu temporis ſocii imbecilliores, ad ſortem ſubditorum â fœderato potentiori redigantur, quod inter Gentes liberas accidere poteſt & ſolet, tum eos crimen læſæ majeſtatis committere poſſe dicendum eſt, *vid. d. l. 7. §. 2.* Alia quoque eſt ratio illorum ſociorum, qui perpetuo fœdere, expreſſo vel tacito, in peculiare corpus, ſeu civitatum ſyſtema coaleſcunt, nam hos crimen læſæ majeſtatis in totum corpus poſſe committere, certum nobis videtur, nam perpetuo vinculo, velut membra, eidem oſtringuntur, quod ad hoc delictum ſatis eſt, hinc etiam in definitione, non præcisè *vinculum ſubjectionis*, ſed *civile* ſaltem requiſivimus. Plus dicam, ipſum etiam Imperantem hujus criminis poſſe fieri reum, ſi contra leges fundamentales, ſtatum Reipublicæ evertere conetur, is tamen velut ſubditus non punitur, ſed ei potius tanquam hoſti, juſta defenſione reſiſtitur.

OBSERV. MCCCII.

Pœna in perduellione eſt) De obligatione ad damnum reſarciendum, in hoc delicto quæri non ſolet, forte ideo quod ſæpe illud in conatu opprimatur, aut, ſi ad perfectionem pervenerit, damnum majus ſit, quam ut illud delinquens reſarcire queat, hinc de pœna ſaltem quæſtio eſt. Quid apud Romanos juxta diverſa tempora obtinuerit, exponit aliqua ex parte *THEODOR. Colleg. crim. c. 5. aph. 1.* quæ ad Jurisprudentiam curioſam ſpectant. De damnatione memoriæ *vid. RÆVARD. conjectan. l. 3. c. 16. Dn.*

SCHREI-

SCHREITERI dissertat. de damnat. memoriæ, *hab. Lips. 1689.*

OBSERV. MCCCIII.

Filii ejus perpetua infamia notantur) A græcis forte est, quod filii perduellium puniantur. Sic *CURT. l. 8. c. 6. n. 28. Macedonum more perire debebant, omnium devotis capitibus, qui sanguine contigissent perduelles.* Paulo post *c. 8. n. 18.* dicit Alexander: *Sed olim istum morem, occidendi cum scelestis insontes propinquos parentesque, solvi.* De cætero haut excusari potest istud institutum, nam licet contendas, non esse pœnam, sed medium suspectas personas è regione expellendi *vid. THOMAS in not. ad Srauch. dissert. 29. §. 4.* attamen sic non tam res, quam rei nomen mutatur, nam si simplex cautio hic intendatur, tanta acerbitate opus non est, cum emigratio personis suspectis simpliciter possit injungi, ut facilè liqueat, rigorem illum defendendo injusto dominatui esse introductum.

OBSERV. MCCCIV.

Hæc pœna adhuc hodie observatur) Nonnulli, ut *BUDÆUS* & *BALDUINUS* putant, eam esse abrogatam per *l. 22. C. de pœn.* quos refellit *THEODOR. Colleg. Crim. c. 5. aph. 6. n. 67.* illam tamen communi fere gentium consuetudine improbatam esse existimans. Cum illa legibus divinis sit contraria adeoque jure valere nequeat, frustra de ejus vel receptione vel rejectione quæri videtur, nec crediderim, unquam bonum Imperantem eâdem esse usurum, certe æquitas prævalere debet imprudentiæ vel Bartoli, vel alius Consiliarii, *vid. ARUM. ad A. B. discurs. 1.*

 §. 3.

§. 3. qui dispositionem illam iniquam Aureæ Bullæ inserendam suasit *add. THOMAS. d. l.*

Tit. V.

AD L. JUL. DE ADULTERIIS COERCENDIS.

Observ. MCCCV.

Adulterium) In repræsentando adulterii delicto & pœna, leges Romanæ plus difficultatis aut curiositatis, quam utilitatis habent. Primò quidem Romani in æstimando adulterii crimine, â placitis Germaniæ aliarumque civitatum abeunt, scilicet *adulterare* vel *adulterari*, in genere est *corrumpere*, id quod ex probatis Autoribus, ac ipso jure Romano, satis constat, *vid. MATH. h. Tit. 3. c. 1. n. 3.* jam si id nominis ad congressum seu commixtionem carnalem referas liquet, quod (1.) concubitus cum virgine vel vidua, honeste alias vivente, adulterium, si vim nominis spectes, dici queat, quemadmodum etiam lex Julia promiscue nomine stupri & adulterii usa est *l. 6. §. 1. h. t.* Porro (2.) certum videtur, quod concubitus cum nupta, id nominis ferre queat eatenus, quatenus fides conjugalis per eum corrumpitur. Denique (3.) idem congressus cum nupta, eam etiam ob causam, adulterium dici potest, quod per eam progenies adulteretur, dum scilicet partus spurius alienæ cognationi inferitur. Jam si quæras, quo respectu Romani adulterium adstruxerint? tum quidem *CARPZOV. Pr. Crim. qu. 52. n. 46.* eos, ex violatione fidei conjugalis, per concubitum facta, adulterium æstimasse contendit, sed non probat, hinc verior est sententia, quæ in determinando adulterio, eos ad progeniem adulteratam respexisse, adeo-

adeoque ſaltem ex perſona uxoris adulterium aſſeruiſſe dicit, quam ſequitur *AUTOR* ac ex textibus citatis ſatis probat.

OBSERV. MCCCVI.

Jure Can. & hodie eſt crimen) Hodie verò ex ſolo concubitu, eique implicita fidei conjugalis violatione, unice æſtimatur adulterium, quod germanicum Ehebruch (quod vocabulum *CARPZOV. d. l.* ad declarandos Romanorum mores, fruſtra allegat) ſignificanter innuit, hinc non minus maritus, quam uxor adulterium committit. Videntur autem mores Chriſtianorum, in hanc deveniſſe ſententiam, ideo quod monogamiam non tantum humanæ naturæ rationalitas, præſtantia ac ſocialitas commendet, ſed & lege divinâ poſitivâ univerſali, illa vel confirmata vel ſancita exiſtimetur, atque ita conjuges ſibi in ſolidum obligentur, nec poſſit adeo congreſſus voluntarius ſine fidei conjugalis violatione fieri, etiamſi exinde nulla prolis adulteratio metuenda ſit. Interim certum eſt, quod mulier, quæ non tantum concubitum peragit, ſed & prolem adulterinam marito cognationique obtrudit, gravius etiam hodie peccet, quam maritus, qui ſaltem tranſitorio Veneris actu defungitur.

OBSERV. MCCCVII.

Diſſ. Carpzov. qu. 52. n. 49. Math. h. c. 1. n. 11.) Non recte A. Mathæi pro diſſentiente habetur, nam *d. c. 1. n. 12.* recenſet quidem ſententiam eorum, qui maritum etiam in innuptam, adulterium committere cenſent, ſed eam poſtea diſerte improbat, ac idem, quod *AUTOR*, adſtruit. Carpzovius autem vere diſſentit, ſed ex hypotheſi morum noſtrorum, qua ex violatione fidei conjugalis per concubitum facta, adul-

tertium æſtimatur, male Romanos explicat, hypotheſin verò ipſis propriam, qua ex inſitione prolis adulterinæ in alienam familiam, crimen hoc definiunt, ſine cauſa rejicit. Nonnulli putant, ideo apud Romanos maritum non commiſiſſe adulterium, quod uxori, juxta hypotheſin judaicam, quæ Polygamiam permittit, ac ad Romanos quoque, ſicut alia judaica, translata videtur, in ſolidum haut fuerit obligatus, *vid. THOMAS J. J. D. l. 3. c. 3. n. 97.* ſed hactenus ſententia altera, quam modo retuli, probabilior mihi videtur.

OBSERV. MCCCVIII.

Uxor meretricio more vivens l. 13. §. 2. h. hoc tamen in caſu maſculus mitius punitur l. 22. 29. C. h. t.) Ita nonnulli *d. l. 13. §. 2.* cum *d. l. 22.* conciliant, *vid. MATH. h. c. 1. n. 6.*, quæ doctrina licet à ratione non abhorreat, attamen à ſententia juris Romani omninò abit, nam in *d. l. 13. §. 2.* non agitur de uxore meretricio more vivente, ac in *d. l. 22. 29.* non pœna mitior in maſculos decernitur, ſed potius omnis pœna quoad uxores, meretricio more viventes, negatur. Ex mente igitur Romanorum potius dicendum, quod fœminæ viles & meretriciam profitentes, tam ſolutæ quam maritatæ, infra legum curam fuerint, & hinc nonnunquam fœminæ impudicæ, honeſtiori loco natæ, licentiam ſtupri apud Ædiles vulgabant, more inter veteres recepto, qui ſatis pœnarum adverſus impudicas, in ipſa profeſſione flagitii credebant, *vid. TACIT. annal. 2. c. 85.* Aliquando etiam in fraudem legis, operas in ſcenam locabant, aut lenocinium profitebantur, quæ pœnis adulterii nihilominus tenebantur *l. 10. §. 2. ad L. Jul. de adulter. vid. MATH. d. c. 1. n. 5. 6.* Rationem verò, quare in ſpecie uxores meretricio more viven-

viventes, extra pœnam fuerint, forsitan ex eo iterum desumere licet, quod Romani adulterium ex insitione partus adulterini æstimaverint *l.6.§.1.h.t.* in hanc autem cum consenserit maritus, hinc crimen adulterii cessavit. Atque istum morem referunt *l. 22. 29. C. h.t.* quibus haut obstat *l.13. §. 2. h.*, loquitur enim de ea, quæ olim vulgaris fuit, sed contracto matrimonio, vitæ genus emendavit, hæc si forte, invito marito, ad antiquum redeat, adulterium in ea recte vindicabitur, *JCTUS* enim in eo est, ut ostenderet, legem ad omnia matrimonia (rite custodita) pertinere, hinc affert exemplum concubinæ & uxoris injustæ *pr. & §. 1.*, dein addit *§. 2.* aliud, *sed & in ea uxore potest maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit* (non, eum adulterium committeret, sed cum â marito duceretur) *quamvis, si vidua esset, impune in ea stuprum committeretur* (nam, marito mortuo, ad meretricium vitæ genus, suo saltem consensu, redire potest.) Atque hanc explicationem, quam etiam *CUJACIUM* & *HOTOMANNUM* probasse ait *MATH. d. c. 1. n.6.* frustra *IDEM* vellicat, quod sit minus probabilis, *quoniam nulla subesset prægnans dubitandi causa, si responsum Ulpiani acciperetur de ea, quæ fornicem deseruerit atque frugi facta sit*, nam sat dubii suberat ex anteacto vitæ genere, ob quod infra legis curam, talem uxorem existimare quis posset, *vid. l. 43. §. 4. de R.N.* De cætero vulgaris doctrina, & conciliatio licet â mente Romanorum abeat, attamen â ratione non abhorret, ceu initio jam diximus, hinc hodie non immerito servatur, cum enim hodie adulterium ex solo concubitu æstimetur, absurdum fuerit, uxorem, meretricio more viventem, ab eo absolvere, cum fre-

quentia delictum potius augere debeat, masculus tamen mitius punitur, non quidem ideo, quod primus saltem mœchetur, reliqui verò, non cum nupta, sed meretrice luxurientur, quam rationem recte explodit *MATH. d.c.1.n. 6.* vid. *l. 43.pr. §. 1. 2. de R. N.*, sed quod in iis, qui cum uxore, passim se prostituente, congrediuntur, tantus dolus non sit, quam in illis, qui uxores caste alias viventes, persuasionibus in amplexus illicitos pelliciunt.

Observ. MCCCIX.

Criminaliter) Commisso adulterio, pœna delinquentibus imponitur, ad quam antequam perveniri queat, lex naturalis utique exigit, ut legitimo processu veritas delicti eruatur, eo fine inquisitio & accusatio adhiberi potest, sed hodie prior fere tantum obtinet. Pœnam vero quod attinet, arbitramur, quod lex divina positiva universalis in adulteros nullam pœnam statuerit, adeoque hæc res arbitrio hominum subjaceat, hinc diversi populorum mores hac in parte reprehendendi non videntur, secus ac sentit *A. MATH. h. c. 2. n. 4.* In legislatione Romanâ quædam ad jurisprudentiam curiosam pertinent, v. gr. an lex Julia pœnam gladii introduxerit? an in pœnâ Justinianeâ definiendâ, Theodora aliquas habuerit partes? quæ per nos suo arbitratu quivis expediat! *vid. MATH. d. l. n. 3.* Interim mitior illa quoad fœminas adulteras sanctio, licet eam *O. C. art. 120.* approbet, usu tamen fere Germaniæ rejicitur, *vid. HEIG. p. 2. qu. 29. n. 70. seqq. add. DECIS. SAXON. 82. 83.*

Observ. MCCCX.

Accusant autem hic illi tantum quibus specialiter hoc

hoc est permissum) Ergo extranei accusatores plane erunt exclusi, hos tamen *AUTOR l. 44. tit. 3.* admittit, dum accusationem extraneo concessam, sex mensibus præscribi docet ! Est illa res controversa, *A. MATH. h. c. 4. n. 11.* extraneos plane excludi censet, sed *THEDOR. colleg. crim. c. 6. aph. 3. n. 18.* contra Brissonium aliosque, qui legibus Pandectarum per *l. 30. C. h. t.* derogatum esse arbitrantur, contendit, *d. l. 30.* extraneos saltem repellere ab accusatione, quæ fiat jure mariti, non simpliciter eos excludere, nec enim probabile esse, tot textus in Pandectis gratis esse relatos, maxime cum *d. l. 30.* jam priori Codici fuerit inserta, adeoque vix correctoria existimari queat. Hodie, ob accusationum raritatem, controversiæ illius exiguus vel nullus est usus.

OBSERV. MCCCXI.

Si adulterii accusati, sanguinis necessitate se excusaverint) Ut legitime probetur adulterium, antequam ad pœnam deveniatur, id manifeste satis lex naturalis requirit. Ex quo æquitatis principio concluderem, præsumtiones juris & de jure, quas *AUTOR* hic recenset, observari non debere, cum innocenti defensio semper sit concedenda, nec æquitati conveniat, tantô præsumtionis rigore, in pœnis ultimi supplicii uti.

OBSERV. MCCCXII.

Civiliter) Sed num remedium civile & criminale concurrit elective an cumulative ? Olim electioni fuit locus, sed postquam *actio de moribus* fuit sublata, ideò remedia illa cumulative concurrere dicenda sunt, adeò ut persecutioni criminali effectus, qui hic memorantur, insint, *vid. MATH. h. c. 3. n. 3.* id quod etiam ratione mariti adulteri dicendum est, nam licet uxor

maritum accusare nequeat *l. 1. C. h. t.* sed tantum exigat donationem propter nuptias, attamen, si ille adulterii revera reus sit, pœna criminalis, per viam inquisitionis, ei erit imponenda. Hodie dubio caret, quod maritus & uxor eâdem classe censeri debeant. Illud etiam admonendum, quod vindicatio civilis, non tam ad pœnam, quam potius jurium, ex natura societatis conjugalis venientium, assertionem retentionemque pertineat, quod inprimis juxta mores hodiernos, ac præcipue Saxonicos, verum est, nam uno fidem conjugalem violante, alter quoque ab obligatione liberatur, adeoque â matrimonio discedere potest, porro qui personam conjugis suo delicto velut exuit, ille lucrum quod ex alterius conjugis bonis vel habebat, vel sperabat, perdit, sed conjugi innocenti suo delicto nocere nequit, hinc jura, quibus vel fruitur, vel aliquando fruiturus est, diremto licet matrimonio, retinet, in his ergo omnibus nulla pœna propriè sic dicta occurrit.

OBSERV. MCCCXIII.

Ad dissolutionem matrimonii) Sed quid opus est, hanc seorsim inculcare vel urgere, nam si adulter ultimo supplicio punitur, adultera verò monasterio includitur, eo ipso matrimonium jam satis est dissolutum? Videntur sane hæc securius ex jure antiquo recenseri, quo electioni locus erat, utrum læsus judicio de moribus, ad divortium agere, an accusatione pœnam criminalem exigere vellet, nisi malis dicere, oriri illa ex diversorum jurium confusione, quod juris canonici allegatio satis probabile reddit! Non poterit igitur hujus doctrinæ, hodie esse usus, nisi in illis pro-

vin-

vinciis, ubi adulterium morte non punitur, nam tum, pœna v. gr. relegationis aut fustigationis licet imposita, de matrimonio dissolvendo adhuc quæri potest.

OBSERV. MCCCXIV.

Hic judex competens est ecclesiasticus) Præsupponendos esse terminos habiles, ut hæc doctrina effectum habere queat, ex *Observ. præc.* liquet. De cætero interesse putem, utrum prius agatur in judicio seculari ad pœnam v. gr. fustigationis imponendam, tum sine ulteriori processu, matrimonium in Consistorio erit simpliciter dissolvendum, quoniam impositio pœnæ secularis, adulterium probatum præsupponit. Quodsi autem quis, adulterio perpetrato, prius in Consistorio agat ad matrimonii dissolutionem, tum, hac secutâ, judex secularis simpliciter pœnam imponet, nam & hoc casu, delicti legitima probatio præsupponitur.

OBSERV. MCCCXV.

E. gr. oscula libidinis) Quod amissio dotis ob oscula libidinis (nam illa officii aut pudici affectûs excipiuntur) sequatur, id eo argumento probant, quod suavia eorumque admissio, æquipolleant causis in *Nov. 117. c. 8.* enumeratis, adeoque ad divortium sufficiant, *vid. MATH. h. c. 3. n. 12.* Verum uti hæc res nec de jure civili satis certa est, cum legum pœnalium extensionem aliàs non facilè admittant, *vid. THEODOR. Colleg. crim. c. 6. aph. 2. n. 5.* ita hodie, ubi saltem ob adulterium & malitiosam desertionem divertere licet, dotis amissio oscula non sequitur, ipsomet *MATH. d. l. in fin.* hoc fatente.

OBSERV. MCCCXVI.

Idque sive civiliter agatur de adulterio, sive criminaliter

liter eo casu, quo mulier in monasterium detruditur) Hæc assertio non est referenda ad propositionem incidentem de osculis, quæ immediatè præcedit, sed ad principalem, ut sensus sit, *amissionem dotis aut donationis propter nuptias sequi, sive civiliter sive criminaliter agatur.* Sed eo ipso patet, quod hæc assertio dubia vel potius falsa sit, cum enim, sublato morum judicio, civiliter amplius agi nequeat, non possunt non, quæ de amissione dotis dicuntur, ad accusationem vel inquisitionem referri *vid.* Observ. *1313.* De cætero non obstat *Nov. 134. c. 10.* non bona adulteræ monasterio adjudicantur, excepta dote, ceu recte jam admonuit *BERLICH d. l.* frustra à *CARPZOVIO d. l.* refutatus, hoc enim verba *d. c. 10.* finalia : *ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur,* satis insinuant, cum enim apud Romanos, nulla dos sit nisi ex pacto, fluctus sane in simpulo movent, qui istis verbis *non omnem dotem,* sed *specialium pactorum dotalium commodum* innui arbitrantur. *vid. MATH. h. c. 3. n. 2.*

OBSERV. MCCCXVII.

Non etiam amittit uxor bona paraphernalia) Nec obstat *l. 8. §. 5. C. de repud.* nam exinde nihil objici posse, vel sola inspectio ostendit, illud enim nimis dilutum fuerit, si maritum non *dotem* tantum sed *& donationem propter nuptias* lucrari, inde velis opponere, cum per hanc non bona uxoris paraphernalia, sed mariti, quæ in compensationem dotis, uxori donaverat, intelligi, tralatitium sit. Amplius non obest *Nov. 117. c. 8. §. 2.* in qua præter dotem, ex bonis uxoris cæteris, *tantum adjudiatur marito, quantum tertiam dotis partem efficit,* nam hæc thesin non destruunt, sed saltem

tem certo casu limitant, *vid.* ZOES. *ad ff. h. n. 32.* quamvis & illa limitatio per *Nov. 134. c. 10.* sublata sit, ceu recte censet BERLICH apud CARPZOV. *Pr. Crim. qu. 64. n. 8.*

2. Cæterum quæ hactenus dicta sunt de amissione dotis ac donationis propter nuptias, illa ex hypothesi Romanâ, quâ nulla inter conjuges erat bonorum communio, nisi quæ pactis produceretur, fluunt, hinc in Germania, ubi statutis mutuum aliquod jus conjugibus tribui solet, non adeo obtinent, sed videtur hæc generalis tenenda esse definitio: *Pars nocens omnia jura, quæ vel ex statutis vel pactis ipsi competunt, amittit, sed innocens utraque retinet*, qui enim societatis conjugalis capita essentialia violat, ille meritò lucro, quod societas illa secum ferebat, excidit, sed hoc delictum innocenti obesse non debet. Cum igitur in Saxonia maritus regulariter sit usufructuarius omnium uxoris bonorum, hinc hâc adulterium committente, ille etiam paraphernalia retinet, ac uxore vel sublatâ vel mortua, suo modo in ea succedit, quod latius persequitur CARPZOV. *d. qu. 64. add.* THEODOR. *Colleg. Crimin. c. 6. aph. 2. n. 118.*

OBSERV. MCCCXVIII.

Actionem injuriarum) Præter pœnam, quæ hactenus cum consectariis considerata est, adulterium committens etiam damni illati æstimationem præstare debet, quorsum actio injuriarum, si admittas ea, quæ dixi Observ. *1232.* aliaque de quibus PUFENDORF *de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 9.* referri possunt. De cætero hactenus dicta obtinent, si læsi consensus non adsit, nam hoc intercedente, uti pœna mitigari solet, ita amissio bonorum nec non damni restituendi necessitas cessat.

Observ. MCCCXIX.

Privata) Docet *THEODOR. d. tr. c. 6. aph. 3. n. 48.* ante L. Juliam, in adulteras pœnam publicam non fuiſſe conſtitutam, ſed coercitioni mariti & propinquorum eas ſubfuiſſe, adeo ut etiam ex L. Romilia marito licuerit, ultimo ſupplicio adulteram afficere. Iſtius adeo antiquæ conſuetudinis reliquiæ in privata hac ultione, quæ ad Patrem & maritum deinde reſtricta eſt, conſpiciuntur. De cætero *AUTOR* requiſita hujus vindictæ recenſet, circa quæ *THEODOR. d. l.* conferendus *add. MATH. h. c. 3. n. 13. ſeqq.*

Observ. MCCCXX.

Hoc jure Canonico non eſt mutatum) Imo mutatum eſt per *can. 6. 9. C. 33. qu. 2.* vid. *ZOES h. n. 17. PERETZ ad C. h. n. 23.* deinde licet mutatum non ſit, attamen jure Canonico non ſtatim obtinebit, cum receptio probari nequeat! ſequitur dubio procul *AUTOR* hic hypotheſin vulgarem, quam ſupra Obſerv. 7. rejecimus, ex qua etiam liquet, hujus & ſimilium quæſtionum nullam plane eſſe utilitatem.

Observ. MCCCXXI.

Hæc absque ſcrupulo conſcientiæ non fiunt) Nam occiſio illa non habet rationem *defenſionis*, qua malum imminens repellimus, ſed *pœna*, quæ delicto peracto, infligitur, illa etiam erga imparatum obtinet, quia malum quod patitur, quam grave etiam ſit, ſuæ voluntati, quâ alterum invadit, imputare debet, hæ verò, cum delinquens ſit in noſtra poteſtate nec amplius reſiſtat, non, niſi ad motem parato, imponenda eſt, hinc maturata nimis executio, vitio non caret *add. MATH. d. c. 3. n. 15.*

Ob-

OBSERV. MCCCXXII.

Hoc jus hodie non ubique est abrogatum) Sed nec receptum est, maxime cum jure Canonico sit improbatum, hoc autem, ut vulgò dicitur, in causis conscientiarum observari debeat! Nec putem, requisitorum juris civilis, quæ quoad personam occidentem, occisum, occisionis locum & modum inculcantur, unquam in Germania fuisse habitam rationem. Hodie igitur adulterum & adulteram occidere non licet, quodsi tamen hoc factum sit, tum justus mariti dolor, dolum facile excludit, eumque â pœna ordinaria absolvit, quæ juris Gentium, non Romani sunt.

OBSERV. MCCCXXIII.

Stuprum) Hujus delicti cognitio omnibus Gentibus est communis, & solet illud se in varias formas componere, quas breviter exhibui in Specim. Jur. Eccles. *l. 4. c. 5. §. 5. 6. 7. 8.* Porro ex generalibus principiis certum est, quod stuprator (1.) debeat *resarcire damnum*, quæ restitutio in necessitate ducendi aut dotandi (quæ tamen in ea, quæ irritamentis masculum induxit, cessat, *vid. STRYK ad Brunnem. J. E. l. 2. c. 18. §. 26. LYNCKER Rerum Decis. p. 2., Decis. 1000.)* nec non alendi infantem, consistit. (2.) *sustinere pœnam*, quæ nonnullis in locis partim â judice Ecclesiastico, partim seculari infligi solet: *vid.* Specim. Jur. Eccles. *d. l. §. 8. seqq.* nec sequimur definitionem juris Romani, *conf.* Observ. *1246. add. l. 3.* Landr. *art. 1.*

OBSERV. MCCCXXIV.

Sodomia) Hoc delictum jure naturali prohibitum merito existimatur. De damno autem restituendo hic quæstio forte non est. Definitio verò pœnæ, est ex jure positivo, nec lex divina universalis heic aliquid sanxit,

hinc

hinc ista res arbitrio Rerumpublicarum ac Imperantis subest.

OBSERV. MCCCXXV.

Fornicatio) Hæc etiam juri naturali repugnare existimanda est, de quo alibi latius differitur, de ducenda aut dotanda meretrice quæri nequit, cum passim corpus venale illa prostituat, proles tamen alenda erit ab eo, qui imprægnationis convinci potest. Denique pœna jure humano imponitur, qua in re nihil ex jure Romano repetitur.

OBSERV. MCCCXXVI.

Bigamia) Hæc si non juri naturali, minimum divino positivo universali repugnat, de quo itidem alio loco amplius disquirendum est. Pœna vero jure germanico definitur, ut hactenus nihil juri Romano tribuendum sit. Idem omnino dicendum quoad *incestum*, cujus illegalitatem ex jure divino & germanico intelligimus, pœnam vero Imperans humanus definit, nam jure divino positivo universali eadem non est determinata, licet nonnulli ita existiment.

OBSERV. MCCCXXVII.

Lenocinium) De hoc exstat dissertatio *D. SULZBERGERI hab. Erfurt. 1693.* in quo criminis hujus habitus juxta leges Romanas, pluribus expenditur. Sed hodie illa usum non habet, quin in delicti hujus & indole, & moralitate & pœna cognoscenda, utimur tantum jure divino & germanico. Pœnam lenocinii, quam Meti sanxerit Galliæ Rex, recenset *SLEIDAN. de stat. relig. l. 26. p. 843. edit. argentor:* hanc subjungens epicrisin: *Nonnulli mirabantur ista perscribi, quod non tam prohiberi quam indicari viderentur, non sic usitata nec ubique vulgata vitia, sed quanta sit no-*

nostri temporis corruptela, facile potest inde colligi.

OBSERV. MCCCXXVIII.

Leno punitur ultimo supplicio) Sed hæc pœna ex *ORD. CRIM. art. 122.* non probatur. Refert se iste articulus ad jus Romanum, hoc verò pœnam ultimi supplicii in lenones, qui uxores aut filias prostituunt, statui, malis rationibus utique ostenditur, ceu liquet ex traditis *CARPZOV. Pr. Crim. qu. 71. n. 15. seqq. CLASEN ad Ord. Crim. d. art. 122.* Dicunt (1.) *lenocinium furto & latrocinio habetur gravius Nov. 14. pœna mortis autem latronibus & furibus imponitur, ergo & lenonibus hisce eadem erit imponenda*, nam hic male diversa jura commiscentur, de jure autem civili furibus & latronibus pœna mortis non imponitur, hinc hactenus facta comparatio eandem etiam lenonibus irrogare nequit, (2.) *de marito id dubium non habere, quippe qui tanquam adulter puniatur l. 37. §. 1. de minor. l. 2. §. 2. l. 9. pr. ff. ad L. Jul. de adult.* sed ex illis legibus nec æqualitas adulterii & lenocinii satis probatur, nec juxta eas adulterium ultimo supplicio punitur, hinc inepte iterum jura antiqua & nova miscentur, ac ex illis lenocinii & adulterii æqualitas, ex his vero pœna capitalis adstruitur, cum tamen, si vel maxime juxta illas, æqualitatem admittas, vel maxime dubium sit, an etiam juxta has, lenocinium adulterio æquale censeri debent. Denique cum pœnas interpretatione potius molliendas quam asperandas esse, toties ex *l. 42. de pœn.* ingeminent, mirum est, cur in lenocinio extensionem tam malis rationibus moliantur!

TIT. VI. VII.
AD L. JULIAM DE VI PUBLICA ET PRIVATA.

OBSERV. MCCCXXIX.

VIs quatenus consideratur) Vis à *forma sua* distinguitur in *compulsivam*, *ablativam*, *expulsivam* & *turbativam*, à *quantitate* verò in *leviorem*, quæ Romanis delictum privatum, & *graviorem*, quæ ipsis Publicum audit, ac iterum gradibus distincta, *publica tit. 6. & privata tit. 7.* dicitur. Ex quo liquet, doctrinam *AUTORIS*, qua vis, *quatenus consideretur tanquam privatum delictum*, *unde detur restitutio quod metus causa, actio vi bonorum raptorum, inderdictum de vi & vi armata, ac sit majoris rei impetus, qui repelli non possit*, hujus loci non esse perhibetur, non simpliciter esse accipiendam, nam vis quidem *levior*, quæ *delicti privati* nomen gerit, huc non pertinet, ast *effectus*, quem illa cum *graviori* habet communem, quemque nomina actionum memoratarum potissimum innuunt, damni scilicet restituendi necessitas, ab hac tractatione neutiquam excluditur, hinc ipse *AUTOR tit. 7. in fin.* fatetur, quod hic, pro ratione circumstantiarum, actio vi bonorum raptorum, quod metus causa, vel interdictum unde vi concurrant. Quod si tamen effectum illum præcise consideres, quatenus ex delicto privato descendit, tum is plane huc non pertinebit, atque ita doctrina *AUTORIS* simpliciter poterit admitti, re omni sic explicata: Ex delicto privato dantur actiones modo memoratæ, quæ & rem & pœnam civilem persequuntur; sed ex delicto publico oritur obligatio ad pœnam publicam, ad damnum vero re-

resarciendum, dantur actiones quod metus causa cæteræque, quæ hoc casu tantum sunt rei persecutoriæ.

OBSERV. MCCCXXX.

Hic consideratur ut delictum publicum) Vis ergo gravior huc pertinet, quam formam verò illa habeat, i. e. utrum illa sit compulsiva, ablativa, expulsiva vel turbativa, nihil hactenus refert, crediderim tamen, duas posteriores species, utplurimum nomen vis gravioris mereri, adeoque potissimum hic spectari. Hæc vis gravior, uti, dubio procul, delictum est, omnibus gentibus commune, ita ad inventa Romana pertinet, quod audiat *delictum publicum* ac amplius â diversa quantitate in *publicam* & *privatam* discernatur, de quo discrimine satagit *AUTOR* tit. *6. 7.* plerique ex armis illud repetunt *vid. THEOD OR. Colleg. crim. c. 6. aph. 7. n. 5. MATH. de crim. h. tit. 4. c. 1.* si verum fateri licet, utriusque illius inventi exigua est utilitas, nam omnis vis est hodie delictum publicum *vid.* Observ. *1199.* deinde quid opus est, vim publicam & privatam tam accurate discernere, cum utraque plerumque arbitrarie puniatur?

OBSERV. MCCCXXXI.

Punitur jure civili deportatione lit. E. tit. 6.) Effectus utriusque vis, tam publicæ quam privatæ, naturalis est, ut damnum resarciatur, præterea delinquens, ex lege positiva, pœnam sustinere cogitur, in qua definienda, non ad leges Romanas, sed germanicas esse respiciendum, ipse *AUTOR* admonuit, quo loco id etiam notandum, quod pœnæ, in Recessibus imperii constitutæ, plus nominis quam effectus habere soleant, inprimis quoad Status imperii potentiores.

Observ. MCCCXXXII.

Raptus est delictum) Hoc etiam delictum commune est, ac jure naturali prohibetur, quamvis, quoad effectum pœnalem, leges positivæ quædam requirere soleant. Sic apud Romanos, abductione meretricis non committebatur raptus, quod secus jure Saxonico Electorali est *p. 4. Const. 3. add.* THEODOR. *d. tr. c. 6. aph. 8. n. 12.* Raptor damnum, quod dedit, resarcire ac pœnam sustinere debet *lit. E.* & forte rigor juris Romani ubique non obtinet, hinc etiam in editionibus recentioribus post verba: *l. un. §. 1. vers. nec sit,* insertum est: *hoc jure Canonico non observatur.*

Tit. VIII.

AD L. CORNELIAM DE SICARIIS.

Observ. MCCCXXXIII.

Homicidium) Hujus & indoles & moralitas ex communibus omnium hominum principiis intelligitur, hinc quæ *AUTOR*, tam de homicidio in genere, quam variis ejus speciebus tradit, illa â Romano jure præcise non dependent.

Observ. MCCCXXXIV.

Immediatum simplex) Hæc docendi ratio minus apta est, dum ex divisione principali facit subdivisionem, nam non tantum homicidium *immediatum*, est vel simplex vel qualificatum, sed & *mediatum*, quis enim dubitet, quin parricidium, veneficium & latrocinium, etiam mediate fieri queat? assasinium vero semper mediatum est, hinc & falsò ad immediatum ab *AUTORE* fuit relatum, & mox, non sine contra-

di-

dictione, mediatò annumeratum. Quare potius ita dicendum: Homicidium (1.) â *modo committendi* est vel *immediatum* vel *mediatum.* Utrumque (2.) â *quantitate*, vel *simplex* vel *qualificatum*, & mediatum quidem quantitatem accipit, seu qualificatum evadit vel â *modo committendi*, quando quis mercede conductus homicidium perpetrat, quo pertinet assassinium, vel ab *objecto*, ut latrocinium mediate susceptum, vel â *modo nocendi*, si quis venenum alteri per alium propinet.

OBSERV. MCCCXXXV.

De jure Codicis, naturali & hodierno, indifferenter morte) Officium homicidæ ex lege naturali est, ut damnum resarciat, *vid. PUFENDORF de J. N. G. l. 3. c. 1. §. 7.* de quo tamen in foro non adeò quæri solet, ob homicidarum plerumque inopiam, præterea quoque pœna mortis ei imponitur, quæ tamen jure naturali non est definita, nam hoc quidem ex ratione constat, non inique hanc pœnam homicidæ doloso imponi, sed ut præcise illa imponatur, hoc ratio non dictitat. Hinc ex jure divino positivo universali, quoad homines simpliciter indispensabili, pœna illa repeti solet, quamvis & de hoc nonnulli dubitent, *vid. PUFENDORF. d. tr. l. 8. c. 3. §. 26.*

OBSERV. MCCCXXXVI.

Olim etiam attentatum morte puniebatur) Non videtur hoc fuisse universale, sed pertinuisse potius ad assassionos, in Italia non infrequentes, quo respectu etiam hodie conatus ultimo supplicio recte coercebitur, *vid. MATH. h. Tit. 5. c. 1. n. 3.*

OBSERV. MCCCXXXVII.

Modo constet venenum noxium esse propinatum

animo occidendi) Dubio procul in Veneficio quoque animus occidendi, seu dolus requiritur, nec obst. *l. 38. §. 5. de pœn.* vel enim dicendum, quod ibi non omnis dolus, sed summus saltem ejus gradus removeatur, nam dolum constare gradibus, certum, ac ab *AUTORE* sub initium *h. t. lit. C.* indicatum est, vel, quod verba, JCti, *etsi dolo non faciant*, ad primum saltem casum, propinati scilicet amatorii vel abortionis poculi, non etiam secundum, hominis nempe occisi, pertineat, sed prior responsio posteriore præstat!

OBSERV. MCCCXXXVIII.

Idemque est, si quis mandet gladio aliquem vulnerari, expresse autem prohibeat occidi) Defendi potest hæc sententia, nam qui directe vult actum illicitum, ut hoc loco, alterius vulnerationem, ille etiam dolose censetur velle ea, quæ actum illum consequi possunt & solent, hinc licet hæc voluntas sit quodammodo indirecta, adeoque non dolo, sed culpæ annumeranda videatur, revera tamen ad dolum pertinet, quia ex dolo oritur, Exemplum est in *l. 38. §. 5. de pœn.* quam modo explicavimus. Sic qui duello contendunt, sæpe saltem propositum vulnerandi habent, occisionis tamen, si sequatur, Rei dolosi quoque habentur. Alia ratio est actuum indifferentium & licitorum, hoc enim si quis directè, velit, & inde illiciti quid sequatur, tum hoc culpæ, non dolo adscribi debet, v. gr. si quis fores non occludat, & inde damnum contingat, aut fures abigat ac unum ex fugientibus, lapide forte petat & occidat, tum ex culpa utrumque profectum censeri debet *add.* *THEODOR. colleg. crim. c. 7. aph. 6. n. 52. seqq. FIBIG colleg. legal. disput. ult. qu. 8.* In specie *Dn. BERGER in resolut. h. qu. 2.* censet, *sententiam Autoris*

magis

magis lege quam ratione vacare. Sed crediderim lege expreſſa hic opus non eſſe, nam homicidium doloſum jure, etiam naturali, prohiberi certum eſt, quemadmodum etiam dubio caret, quod idem, vel ex jure divino poſitivo univerſali, vel ſaltem humano, morte puniatur, hinc id ſaltem expediendum, an is, qui mandat vulnerari, ſed occidi prohibet, propoſitum occidendi habuiſſe cenſeri queat, ac adeo leges illæ generales ad illum applicari poſſint, quæ disquiſitio licet lege expreſſa certius determinetur, attamen ratione etiam confici poteſt. Imo, ſi omnino lex expreſſa, neceſſaria eſſe putetur, *l. 38. §. 5. de pœn.* rectè huc referetur, ſecundum ea, quæ *Obſerv. præc.* diximus.

Observ. MCCCXXXIX.

Veneficium) Circa Magiam diabolicam cujus conceptus ex ſententia communi ſupponendus eſt, tria ſummatim ſpectanda videntur (1.) *an detur?* id quod ex lumine revelato omnino aſſerendum (2.) *quid in hypotheſi, ſeu caſibus ſpecialibus, vere magicum & quid fanaticum ſit?* hoc dijudicandum putarem, tam ex poteſtate Diaboli, in verbo revelato deſcripta, quam ex ordinariis probandi modis, quibus rei alicujus veritas oſtendi ſolet, qua in re ſumma circumſpectione opus eſſe, nemo cordatus facilè abnuet (3.) *quis delicti illius ſit effectus?* ſi damnum aliis hominibus revera dederint venefici, tum dubio procul ex lege naturali id reſarcire tenentur, præterea etiam, pro ratione admiſſi, puniri poterunt, quod iisdem argumentis oſtenditur, quibus in genere jus puniendi hominibus aſſeritur. Si vero Magia in ſimplici impietate ac Apoſtaſia conſiſtat, tum quæſtio, an homines eam recte puniant, in locum ſeu quæſtionem communem incidit,

an scilicet hominibus, delicta Deum & religionem concernentia, punire fas sit? quam aliorum judicio relinquere, quam decidere malumus.

OBSERV. MCCCXL.

Incendium dolosum) Hoc delictum & apud omnes gentes in usu est, & communi ratione intelligitur. Incendiarium quoque obligari naturaliter ad damnum resarciendum, licet is utplurimum explendæ huic obligationi impar sit, certum est, præterea pœnam excipere cogitur, quam proprio Marte definiverunt Germani.

OBSERV. MCCCXLI.

Culposum) Quæ de culposo incendio ejusque effectu dicuntur, illa quoque generalia, non Romana sunt. Quo autem ille liquidius intelligatur, distinguendum, *an nullus contractus inter læsum & lædentem præcesserit*, tum ob quamvis culpam, etiam levissimam, damnum est resarciendum, quia læsus in nullum culpæ gradum consensit, an vero *contractus antea sit initus*, hoc casu ea culpa præstanda erit, in quam læsus non consensit, id quod ex quibus indiciis colligendum esse putemus, Observ. *599.* expositum est.

OBSERV. MCCCXLII.

Si ex natura negotii præstatur hæc culpa) Hæc limitatio redolet conceptum nimis angustum, cum enim non semper aliquod negotium præcedat, frustra ad ejus naturam indefinite provocatur, v. gr. si vicinus culpa levissima in ædibus suis excitet incendium, quod meam etiam rem absumat, quale quæso negotium inter nos intercessit? Igitur ex præmissis hæc emendari debent; *si nullum negotium præcesserit*, tum culpa etiam levissima erit præstanda, quo debet referri sententia

tia dissentientium, qui hactenus recte sentiunt, si vero *contractus praecesserit*, tum sententia *AUTORIS* locum habet, & nihil intererit, sive læsus actione ex contractu, si L. aquiliæ agat, nam nomen actionis, effectum non mutat, & omni casu ei opponi potest, quod, juxta naturam negotii aliasque circumstantias, in certam culpam consenserit.

TIT. IX.

DE L. POMPEJA DE PARRICIDIS.

OBSERV. MCCCXLIII.

PArricidium) Hoc in generali conceptu, cum homicidio convenit, hinc antea dicta hic quoque locum habent, ex *objecto* autem gravitatem accipit ac ab alio homicidio per illam circumstantiam distinguitur, quæ delicti æstimatio itidem non juris Romani, sed communis est. Mortis genus determinant leges humanæ, quia in re aliquis juris Romani usus esse potest *add. GLOSS. in l. 2.* **Landr.** *art. 14. DECIS. SAXON. 78.*

OBSERV. MCCCXLIV.

Hæc accusatio est perpetua) Hoc dubium vel plane falsum esse, generaliter admonuimus Observ. *1124.* & quoad hoc exemplum consentit *THEODOR. d. tr. c. 7. aph. 8. n. 17.* ubi recte dicit *l. fin. h.* non simpliciter negare præscriptionem, sed saltem breviorem, quinquennii vel anni, quæ in aliis delictis locum habeat, quemadmodum etiam ita accipienda sit *l. 19. de fals.*

Tit. X.

DE L. CORNELIA DE FALSIS ET SENATUSCONSULTO LIBONIANO.

Observ. MCCCXLV.

Falsum hic est) Imposturam, quæ sub nomine Falsi latet, repugnare juri naturali, ac aliis quoque Gentibus cognitam esse, satis certum est, ut autem certum aliquod delictum, nomen Falsi assumeret, ac sub nomine hoc, ab aliis delictis discerneretur, id fori Romani sollicitudini adscribendum videtur, nec ejus sententia usquequaque liquida est, hinc de requisitis Falsi etiam interpretes disputant *vid. THEODOR. Colleg. crimin. c. 8. aph. 1.* Hodie cum arbitraria pœna plerumque coerceatur, ac in universum â nomine Falsi, quantitas delicti non dependeat, hinc perinde erit, sive *dolum*, sive *stellionatum*, sive *Falsum*, id dicas *vid.* Observ. 1277. officium autem falsarii naturale est, ut damnum illatum restituat, præterea jure positivo punitur, qua in re juris Romani usus subsidiarius est.

Observ. MCCCXLVI.

Licet testator hoc jusserit) Hoc falsarius eâdem facilitate adscribere potest, qua legatum sibi dat, hinc hactenus ejus malitia non imminuitur, quodsi autem jussus testatoris legitimo modo, ac inprimis propria ejus confessione ac subscriptione probari queat, tum crimen falsi cessat.

Observ. MCCCXLVII.

Si moneta vitietur quoad materiam, pœna est ignis) Non simpliciter, sed si quis jus monetandi sibi quoque arroget, atque ita simul crimen læsæ Majestatis commit-

mittat *d. l. 2. C. h. t.* Nam ex hypothesi ſtatus monarchici, qualem leges Romanæ præſupponunt, nemini, niſi ſummo Principi, jus cudendi monetam competit, hic ſi alius pravam monetam cudat, non poteſt non ſimul crimen læſæ Majeſtatis committere. Aſt ſi quis (qui eſt ſtatus Germaniæ) ſub ſigno Ejus, qui jure monetandi gaudet, monetam depravet, is igne non punitur. Quando autem *AUTOR* mox addit, quod reus læſæ Majeſtatis arbitrarie puniatur, tum hoc debet intelligi de caſu, quo depravatio monetæ non acceſſit, nam per hanc crimen prius augeri manifeſtum eſt.

Observ. MCCCXLVIII.

Grandiorem reſolvendo in fornace, ut minorem inde cudat, punitur arbitrariè) Delictum hoc non tam æſtimatur ex eo, quod minor moneta ex grandiore cudatur, quam potius ex depravatione, quæ hoc caſu concurrere ſolet *vid. CLASEN. ad O. Cr. de art. III. n. 5.* præterea id quoque delicti quantitatem intendit, quod hac ratione, vel etiam ſimplici monetæ in alium uſum reſolutione, alterius jus cudendi monetam, velut intervertere ac extinguere quis audeat, hinc ad crimen læſæ Majeſtatis quodammodo hoc factum accedit, quam ob cauſam etiam pœna ignis in *d. R. de anno 1559. §. 170.* ſtatuta videtur, quamvis, teſte *CARPZOVIO d. l.* ille rigor non adeo obſervetur.

Tit. XI.
DE L. JULIA REPETUNDARUM.

Observ. MCCCLXIX.

HIc agitur) Lex Julia repetundarum de nonnullis delictis, quæ ex *l. 10. §. fin. de offic. Proconſ. l. 3. de*

vacat.

vocat. mun. l. 7. §. 2. h. t. *AUTOR* indicat, quæque magis delicta *civilia* & *Romanis propria*, quam *naturalia* & *communia* fuisse videntur, egit, ac præterea etiam *dationem & acceptionem pecuniæ intuitu officii publici* prohibuit, *lit. D. D.* quod ante eam, plures aliæ leges etiam fecerunt, *vid. MATH. de crim. tit. 8. c. 1. n. 1.*

OBSERV. MCCCL.

In specie de crimine publico, quod committunt Magistratus) Hoc igitur ultimum delictum quod attinet, dicitur illud, *crimen repetundarum* â *MATH. d. l.* quamvis hæc appellatio magis ad ipsam legem Juliam, aut criminis hujus accusationem seu criminationem juxta *l. 9. h. t.* pertinuisse videatur, lex enim Julia de *repetundis* scil. *pecuniis*, quæ turpiter subtractæ sunt, cavit, & cum repetuntur, quæ sunt ablata, tum *repetundarum rerum*, vel *de repetundis* agitur. Barbarè dicitur *Barrataria*, & Judex, qui id commisit, *Barratarius*, quod justitiam barractet, seu pro pretio venalem habeat, *vid. THEODOR. Colleg. crim. c. 9.* De cætero duplex ejus est gradus, vel enim *judex pecuniam ultro oblatam acceptat*, vel *per vim eam extorquet*, quæ concussio pro crimine publico apud Romanos habetur, licet aliàs illa sit saltem crimen extraordinarium, *vid. THEODORIC. d. l. n. 7. seqq.* quam omnem sollicitudinem apud nos cessare aliquoties diximus, licet interim certum maneat, quod gradus illi diversam delicti quantitatem arguant.

OBSERV. MCCCLI.

Prohibentur accipere tutores) Illud porro certum, quod hoc delictum non sit *civile*, sed *naturale*, hinc in eo, ejusdemque moralitate cognoscenda, non anxie

ad

ad legem Juliam, sed naturalem potius erit respiciendum, nam si Magistratus vi aliquid extorqueat, id factum leges socialitatis offendere, manifestum est, porro si ultro aliquid ei detur, quo officium negligat, & dans & accipiens in legem naturalem peccat, hic enim est perfidus, ille verò perfidiæ autor. Idem est, si aliquid detur, quo magis officium faciat, nam turpiter quid accipitur, quod id facias, quod per leges faciendum tibi erat.

OBSERV. MCCCLII.

Nisi donetur â cognatis in sexto gradu) Juxta rigorem juris naturalis, limitationes, quas quoad *personas dantes*, vel *eas quibus datur*, aut *rem datam* lex Julia admisit (quamvis & de ejus sensu adhuc disputetur, *vid. MATH. d. c. 1. n. 2.*) cessant, qui etiam observandus erit, non abludente *AUTHORE h.* Quodsi autem Magistratui, sine consideratione muneris sui, benevolentiæ vel honoris causâ, bona fide aliquid donetur, tum eum id acceptare posse, dubium non habet.

OBSERV. MCCCLIII.

Pœna hic est pecuniaria) Officium delinquentis naturale est, ut damnum vel ei, cui pecuniam extorsit, vel parti adversæ resarciat, præterea lex positiva tam accipientem, quam corrumpentem punit, rei datæ inhibet usucapionem, ac sententiam iniquam penitus annullat, *lit. E.* quo respectu juris Romani aliquis est usus *add. BROID. ad Pollet. histor. for. Rom. l. 5. c. 10.* Hodie de pœna hujus delicti rarò quid auditur, *vid. MATH. h. c. 3.*

TIT.

TIT. XII.
DE L. JULIA DE ANNONA.

OBSERV. MCCCLIV.

HIc coercetur delictum publicum) Annonæ crimen est etiam contra legem naturalem, nec enim officia humanitatis tantum violat annonæ flagellator, sed & positive nocet ac furi non absimilis est, dum alios pecunia emungit. Quia tamen delictum illud certam personam non respicit, adeoque læsio, ratione certi subjecti vix demonstrari potest, ideo de damno restituendo nulla quoque quæstio esse solet. Pœna verò delinquenti merito imponitur, quamvis, cum læsio hic sit subtilior, ac sub specie recti exerceatur, hæc quoque rarò audiatur. *add.* Observ. *1248.*

TIT. XIII.
AD L. JUL. PECULAT. ET DE SACRILEG. ET RESIDUIS.

OBSERV. MCCCLV.

PEculatus late) Tria delicta, quæ sub nomine peculatus hic comprehenduntur, esse contra legem naturalem, satis quidem manifestum est, quemadmodum & id rationi communi convenit, ut delicti quantitas ob circumstantias crescat vel minuatur.

OBSERV. MCCCLVI.

Strictè est crimen publicum) A peculatu strictè dicto removet *AUTOR* eum, cujus fidei & periculo res est commissa, sed in *l. un. C. h. t.* & *§. 9. J. de publ. judic.* diserte dicitur, *quod judices ipsi, qui tempore admini-stra-*

ſtrationis pecunias publicas ſubtraxerint, de peculatu teneantur ac capitali animadverſione puniantur, quam pœnam ipſe *AUTOR* refert *h. lit. E.* Crediderim diſtinguendum eſſe, utrum *adminiſtratores prava adminiſtratione ſaltem aliquid intervertant*, an ad *modum furum extraneorum aliquid ſurripiant*, quo ſcilicet prætextu furti ab aliis facti, res ablatas lucrari, nec eo nomine rationem poſci queant, illo caſu non peculatum ſed crimen reſidui committunt, eoque pertinet *l. 9. §. 2. h. t.* hoc verò peculatus rei erunt, juxta *l. un. C. h. t. §. 9. J. de publ. judic.* Hodie furtum & peculatus non amplius diſcerni debent, hinc etiam de hujus requiſitis, ac in ſpecie, an in re municipii, furtum vel peculatus committatur, non amplius laborandum erit, porro exiſtimem, peculatum non amplius præſcribi quinquennio, ſed cum juxta regulam *l. 12. C. de falſ.* judicandum eſſe.

OBSERV. MCCCLVII.

Sacrilegium) Ut id pro furto graviori habeatur, ratione non caret, ſuperſtitionem tamen, aliquas etiam habere hic partes, ex *art. 172. O. C.* liquet. Reſidui crimen furto levius non immeritò exiſtimatur, cum occaſio ad turbandas rationes facilè quem invitare queat. Decætero uti in tribus illis delictis obligatio naturalis ad damnum reſarciendum occurrit, ita quoad pœnam, definitionem juris Romani non ſequimur. In Saxonia Electorali, Reſidui delictum peculiari pœna coercetur *vid. P. 4. Conſt. 41. add. BERGER in reſolut. h. qu. 2.*

TIT.

fuerit, ac eo ipso existimationem Justiniani egregie prostituerit, accusat quoque *§. 30.* ejus oscitantiam, præcipue quod *l. un. C. de. suffrag.* Codici inseruerit, cum tamen tempore Theodosii M., cujus ista lex est, ambitus crimen extra pœnam fuerit, adeoque illa lex contradicat *l 16. C. si cert. pet. l. un. C. de amb. l. 6. C. ad L. Jul. repetund.* & iis, quæ ipse Justinianus *Nov. 8. c. 1. 7. 8.* constituerit. *add. ZOES ad ff. h. t. n. 4.* ubi Tribonianus acerbe vapulat. Hodie ambitus per largitiones factus, fere extra crimen, certè extra pœnam est *conf. JSING. tr. de promot. honor. c. 3. n. 67. seqq.*

OBSERV. MCCCLX.

Simonia) Hoc nomine vel intelligitur *crimen ambitus quoad munera Ecclesiastica commissum*, vel *rerum spiritualium*, ut potestatis miracula faciendi, remissionis peccatorum aut Sacramentorum, *emtio, venditio.* Utroque respectu eadem pœnis humanis subjacet, prior enim socialitatem, posterior religionem, opere externo, lædit, qualis abusus recte coercetur. Pontificii rebus spiritualibus multa accensent, in quibus nihil spiritualitatis reperitur, adeoque simoniam ineptè satis extendunt *vid. ZOES. d. l. n. 5.*

TIT. XV.
DE L. FABIA DE PLAGIARIIS.

OBSERV. MCCCLXI.

PLagium) Est dubio procul delictum contra legem naturalem admissum, non enim jus aliorum tantum, sed & ipsius surrepti læditur. Præter damni re-

ſtitutionem, plagiarius quoque ad pœnam tenetur, quam tamen lex divina poſitiva univerſalis non determinat, hinc illa diſpenſationi humanæ ſubjacet.

Observ. MCCCLXII.

Quaſi plagium) Eſt injuria, qua quis alienas meditationes, ſuppreſſo vero Autore, ſibi tribuit, atque ita laudem, quam alius meruerat, in ſe transferre cupit. Eſt hoc delictum omnino contra legem ſocialitatis, quia tamen plerumque inefficax eſt, ac magis ſtultitiam autoris oſtendit, quam alii nocet, ideò in foro externo puniri non ſolet, quamvis dubium non ſit, quin pœna in illud conſtitui poſſit *add. diſſertat. J. THOMASII* de *Plagio literario.* Gravius plagio illo delictum eſt, quo tenebriones ineptiis ſuis nomen Viri celebris præponunt, quo illis ex nomine pretium accedat, quod quidem inſigniter intenditur, ſi ſcriptum tale impia ac injuſta contineat.

Tit. XVI.
AD SENATUS CONSULTUM TURPILIANUM ET DE ABOLITIONE CRIMINUM.

Observ. MCCCLXIII.

Peccant accuſatores) Calumnia & *Prævaricatio* ſunt delicta contra legem naturalem, cum per ea graviter quis lædatur. Obligatur inde delinquens ad damni reſtitutionem & pœnam lege poſitiva definitam *n. 1. 2.* Tergiverſatio autem eſt delictum civile, lex enim civilis accuſantibus imponit neceſſitatem peragendi accuſationem, hinc ſecus facientibus pœnam irro-

irrogat, nisi necessitas sit remissa *n. 3.* Cæterum cum hæc tria delicta præsupponant accusationem, hæc verò, quoad privatos, plane hodie cesset, ideo nec delicta, nec eorum pœna, cognita sunt.

OBSERV. MCCCLXIV.

Abolitio) Hodie quoque abolitionis nomen occurrit, sed alio sensu, dum vel inquisitionem imminentem, vel jam inchoatam, vel pœnam decretam aut impositam & durantem tollit, quo respectu illa ex imperio civili fluit, ac omnibus Rebuspublicis communis est.

OBSERV. MCCCLXV.

E. gr. tempore feriarum paschalium rei leviorum criminum eximuntur ipso jure ab accusatione) Imo potius ab omni pœna *d. l. 3.* frustra autem allegantur *l. 8. 10. 12. h. t.* nam ex antiquis ethnicorum institutis, indulgentiam Paschalem christianorum explicare non licet. Hodie hujus rei nullus usus.

TIT. XVII.

DE REQUIRENDIS VEL ABSENTIBUS DAMNANDIS.

OBSERV. MCCCLXVI.

Quomodo absentes evocentur) Quæ de processu contra absentes, ex jure civili dicuntur, exigui in Germania sunt usus, cum in singulis fere provinciis peculiaris procedendi modus obtineat. In Saxonia in usu est *Bannum*, quod absentibus infligitur, de quo *CARPZOV. Pr. Crim. p. 3. p. 140. DECIS. SAXON. 77.*

Tit. XVIII.
DE QUÆSTIONIBUS.
Observ. MCCCLXVII.

QUæstio) Contra delinquentes adhiberi posse cruciatus, eruendæ delictorum veritati, id quidem communis ratio omnibus hominibus facile insinuat, hinc etiam feralis hujus quæstionis conceptus non ex legibus Romanis, sed generalibus principiis formandus est. *AUTOR* frustra in definitione ejus dicit: *maximè de crimine commisso*, nam semper de commisso crimine quæritur, licet enim v. gr. in crimine læsæ Majestatis, Rei interrogentur, annon habuerint intentionem occidendi Principem? attamen tum non quæritur de delicto committendo, sed jam commisso, conatu scilicet & proposito Regem occidendi.

Observ. MCCCLXVIII.

Earum usus â quibusdam rejicitur) Sed sine rationibus sufficientibus, quid enim vetaret, suspectum & tamen in confitendo contumacem per cruciatus ad confessionem adigere, malum enim, quod ita sentit, suæ is voluntati imputare debet? & cum Imperans ad punienda delicta sit obligatus, meritò quoque media ad illum finem ducentia adhibet. Quodsi tamen in aliqua civitate, ergastula probe instructa suppeterent, quibus delinquentes includi, atque ita pruritus delinquendi extingui possent, nec adeo, quo regio facinorosis hominibus purgetur, de ultimo supplicio vel alia graviori pœna laborandum foret, tum parcior cruciatuum esse posset usus, cum ergastulis, non minus suspectos, quam confessos aut convictos, includere liceret.

OBSERV. MCCCLXIX.

Quærit judex competens) Omnia vere, quæ circa torturam occurrunt capita, communia & juris gentium sunt. Nam *ut quærat judex competens lit. C.* hoc ex natura imperii civilis resultat, ut *ille circumspecte incedat, ac non nisi ob legitima indicia torturâ utatur d. lit. C.* id communes socialitatis regulæ exigunt, hæ quoque *legitimam indiciorum probationem d. lit. C. in fin.* postulant. Rursus ut *judex nonnisi consuetis torturæ speciebus uti queat lit. Q.* id etiam ex imperio civilis fluit, quemadmodum iterum æquitas jubet, *ne torturæ subjiciantur animo vel corpore ægri lit. S. n. 1.* (cæteros, de quibus *n. 2.* eximit lex civilis, quæ fortassis etiam nonnunquam vitiosâ prosopolepsia laborat) *nec in levioribus delictis tortura decernatur lit. O.*

OBSERV. MCCCLXX.

Non etiam delicto confesso aut convicto) Tum autem quis pro convicto habetur, se testes omni exceptione majores, de *ipso facto*, v. gr. homicidii vel furti, deponant, nam si saltem testentur, se aliquem cum gladio cruento, vel instrumentis ad furtum faciendum aptis vidisse, tum de *indicio* saltem loquuntur, adeoque reum, non convictum, sed suspectum reddunt. Quodsi autem judex, ex imperitiâ, convictum torturæ subjecerit, isque constanter delictum negaverit, tum pœnæ extraordinariæ solum locus erit ex doctrina *CARPZOVII qu. 125. n. 17. seqq.*

OBSERV. MCCCLXXI.

Licet post eam supervenerint indicia legitima --- & reus perseveret in confessione) Doctrina hæc ambigua est, in eaque diversæ quæstiones miscentur, *judicem sine legitimis indiciis, torturâ utentem peccare*, certum

eſt, quemadmodum etiam verum, quod *tortura, per eamque elicita confeſſio, ſit ipſo jure nulla*, i.e. *nihil probet*, ſed quod illa etiam *indiciorum ſecutorum ac confeſſionis voluntariæ vim probandi elidat, adeoq; efficiat, ne reus pœna ordinaria queat affici*, quorſum etiam doctrina illa collimat, id vero idoneis rationibus non probatur, hinc hactenus falſa cenſeri debet.

OBSERV. MCCCLXXII.

In genere indicia ſunt argumenta) Indicia, accuratè loquendo, non ſunt *argumenta demonſtrativa*, ceu vult definitio, ſed potius ſunt *circumſtantiæ, ex quibus ratio humana argumentum conficit, ac eo mediante, veritatem delicti commiſſi, vel apodicticè vel probabiliter infert*. Quæcunque igitur de indiciis proponuntur, illa non leges, ſed communes omnibus hominibus ratiocinationes exhibent, leges tamen humanæ, dum iſta quoque tradunt, judicem ratiocinantem confirmant, eumque ſecurum eſſe jubent. Quo loco etiam notandum, quod indicia, ac inde elicita ratiocinia, nonnunquam ſatis ſint corrupta ac papatum redoleant, dum in delictis maximè incertis, aut quorum puniendorum jus ad homines non pertinet, leviora indicia ſufficere judicantur, de quo multis diſſerere, inſtituti anguſtia non permittit.

OBSERV. MCCCLXXIII.

Forma eſt lit. fr.) Actuale quoque torturæ exercitium, communia *æquitatis* & *prudentiæ* decreta dirigunt, *lex* tamen *poſitiva* aliquas etiam hic habet partes, ac modum agendi in multis certius definit, qua in re Judiciorum obſervantia inprimis ſpectanda erit.

OBSERV. MCCCLXXIV.

Effectus eſt reo perſeverante) Effectus torturæ, juxta di-

diversos casus rei negantis, variantis vel constanter confitentis diversus est, id quod ex generalibus iterum aequitatis, & prudentiae principiis sequitur, sed ita ut multa lex positiva amplius definiat, *add. BERGER in resolut. h. qu. 2.*

OBSERV. MCCCLXXV.

Confitente, sed paulo post iterum negante) Nonnunquam forte in aestimando torturae effectu, non adeo rectè inceditur, quo nescio an referri debeat, quod vulgò de reo variante proditur, nam videbatur rationi maximè consentaneum, negationem ratione destitutam, penitus negligere, ac in semel legitimè confessum animadvertere. Sed postquam ab hac via desciverunt, ac negationi aliquam tribuerunt efficaciam, tum hae quaestiones dubiae sunt enatae (1.) quoties tortura repetenda (2.) quid faciendum, si tertium tortus denuo neget (3.) quomodo ulteriori negationi vis adimenda? *vid. STRUV. Jurispr. forens. l. 4. tit. 20. §. 16.* quarum decisiones, an cum regulis justitiae & prudentiae satis conciliari queant, alii viderint, *add. BERGER d. l.* Quod autem judex, torturâ abusus, tam laeso ad damnum, quam Publico ad poenam teneatur *lit. E. n. 5.* id dubio procul generalia principia requirunt.

TIT. XIX.

DE POENIS.

OBSERV. MCCCLXXVI.

Poena est malum passionis) Poenam non esse inventum juris Romani, sed omnibus Gentibus notam, tam evidens est, ut vix admoneri debeat. De caetero definitio *GROTII*, quae hic probatur, multis nominibus improbari potest, hinc malim sic dicere: *Poena est*

malum, quod ob delictum, præter damni reparationem, delinquenti ad patiendum obligato, ad securitatem communem, ab Imperante legitime imponitur. Ex quo liquet, quod pœna testamentaria & conventionalis, proprie pœna non sit, sed potius præstatio ex actu licito profecta.

OBSERV. MCCCLXXVII.

Civilis) Malorum, quæ per modum pœnæ inferuntur, magna est varietas, vel enim vitam, vel corpus, vel existimationem, vel bona respiciunt, *conf: BROIDÆ. ad Pollet. histor. for. Rom. l. 5. c. 19.* debebant autem talia imponi, per quæ finis intentus obtineretur, qua tamen in re, imprudentia vel crudelitas humana nonnunquam excedit. De cætero solent varia illa mala, juxta diversos respectus, ad certa genera revocari, hinc variæ *divisiones* oriuntur, quæ adeò non Romanis propriæ, sed omnibus Gentibus communes sunt. Imprimis â *varietate processus & Jurisdictionis*, pœnæ distinguuntur in *civiles & criminales*, cujus divisionis sensus, ex institutis cujusvis Reipublicæ propriis, amplius debet intelligi, hinc mores nostros hac in parte â jure Romano abire notat *AUTOR add. THEODOR. Colleg. crim. c.5. aph.6.n.5 BERGER in resolut. h.*

OBSERV. MCCCLXXVIII.

Hodie damnatio ad triremes) De hac solum testatur *CARPZOV. d. l.* quod ex sententia interpretum, censeatur successisse in locum damnationis in metallum, quod autem libertatem auferat, id verò non docet, nec etiam hoc posset, cum servitus pœnæ, hodie penitus incognita inter Christianos, imò etiam de jure civili recentiori *Nov. 22. c. 8.* jam sublata sit *add. THEO-*

THEODOR. d. tr. c. 10. aph. 2. n. 21. Porrò nec admittendum, quod pœna triremium, in locum condemnationis in metallum successerit, ceu *CARPZOV.* non docebat, sed saltem ex nonnullis referebat. Sunt hæc suavia legulejorum somnia, qui omnia Gentium instituta, Romanorum institutis successisse absurdè contendunt!

OBSERV. MCCCLXXIX.

Extraordinaria) Hæc etiam ad mortem extendi potest, si justa interpretatio ultimum supplicium, in certum aliquod delictum, disertè constitutum, ad casus alios porrigi jubeat. Sic non iniquum fuerit, falsarium nonnunquam pœnâ furti capitali coercere *vid. l. 9. de extraord. crim. l. 7. §. 3. ad L. Jul. repetund. Ord. Carol. art. 112. 113. THEODOR. d. tr. c. 10. aph. 2. n. 32.*

OBSERV. MCCCLXXX.

Hodie pœna est civilis) Circa hanc morum nostrorum divisionem, amplius observandum, quod pœna civilis sit vel *privata*, cujus emolumentum sentit læsus, quæ rarioris est usus *vid.* Observ. *1232.* posset tamen, si Imperantibus ita videatur, majoris usûs illa reddi, vel *publica*, quæ publico nomine exigitur, quam *AUTOR* hic saltem refert. *add. BERGER in resolut. h.*

OBSERV. MCCCLXXXI.

Infligitur jure naturali) Jus naturale quidem Imperantes & Magistratus obligat ad pœnas imponendas, non tamen absolutè, sed prout societatis civilis utilitas requirit, hinc juri aggratiandi locus est, nisi lex positiva divina universalis pœnam præcise imponi aliquo casu jubeat. Modus autem puniendi, quem *AUTOR* hic quoque innuit, ex communibus æquitatis & prudentiæ principiis resultat. Non minus

quoque jus naturale pœnas aliquando prohibet, quoad illa scilicet delicta, quæ in animo consistunt ac societatem civilem non turbant, præterea in delictis punibilibus exigit, quo pœna ad legitimum finem dirigatur, non autem ex animi libidine, avaritiâ similibusque pravis affectibus exigatur, deniq; illa etiam sine vitiosa prosopolepsia imponatur, quæ omnia si observarent homines, minor sine dubio puniendi pruritus inter eos occurreret, nec toties obligatio naturalis prætextui sumeretur, palliandæque crudelitati ac avaritiæ allegaretur.

OBSERV. MCCCLXXXII.

Facinoroso ipsi) Hoc etiam æquitas postulat, ne alius quam delinquens puniatur, pœna tamen pecuniaria in hæredes sine iniquitate transmitti posset, quamvis illa transmissio non sit necessaria, hinc apud Romanos, quoad pœnam publicam, cessat, licet lis sit contestata *l. 6. de publ. judic. l. 20. de accus. vid. STRYK in not. b.* nec ad hunc casum doctrina *AUTORIS lit. S.* referri debet. Sæpe tamen alii, occasione delicti alieni malum sentiunt, sed non est pœna, verum habet rationem vel mali fatalis, vel voluntarii, quod quis suo consensu sibi attraxit, qua de re alibi latius disseritur.

OBSERV. MCCCLXXXIII.

Pœnæ infligantur adæquatæ delicto) Hoc monitum non pertinet ad Magistratus inferiores, qui pœnam constitutam ad factum evenienς solum applicare debent, sed Imperantes, quorum est, pœnas decernere earumque executionem mandare. De cætero si pœna aliqua lege divinâ positivâ universali non sit determinata (hanc enim definitionem præcise sequi debet

Im-

Imperans) tum in ea determinanda, hoc â superiore considerandum eſt(1.)*ut pœna ad finem intentum producendum ſit apta*,(2.)ut *delicto recte attemperetur*, ad quam proportionem inveniendam, tum *delictorum quantitas*, tum *delinquendi facilitas & conſuetudo.* tum *aptitudo perſonæ delinquentis ad ſuſtinendam pœnam*, ſpectari debet, quâ de re alibi diſtinctius agitur. Illud interim certum, quod ſtribligo ſcholaſtica, de proportione arithmetica & geometricâ, quam *AUTOR* hic adſpergit, ad iſtam rem explicandam, minimè requiratur.

Observ. MCCCLXXXIV.

Propter juſtitiam divinam) De fine pœnarum, alibi quoque pluribus agitur. Paucis ſic dici poteſt: finis principalis eſt *ſecuritas ſocietatis humanæ*, ſubordinati autem fines ſunt *delinquentis emendatio, enervatio* vel *extinctio*, nec non *aliorum territio.* Quid autem *AUTOR* per *juſtitiam divinam* intelligat, id non ſatis liquet, citatus *can.32. Cauſ.23. qu.5.* (ſi modo mendum typographicum non ſubeſt) nihil ſani continet, ſed papatum ſive hierotyrannidem olet. Quodſi intelligatur *lex* vel *mandatum divinum*, tum *neceſſitatem* imponendæ pœnæ, ſed non ejus *finem* illud oſtendit.

Observ. MCCCLXXXV.

Executio fieri debet) Executionis *locum* & *tempus* definit lex poſitiva, Ejus vero *dilationem*, quam *n. 1. ſeqq. AUTOR* tradit, ex regulis æquitatis & prudentiæ fluere,nimis iterum manifeſtum eſt. Denique ex ſcitis religionis chriſtianæ eſt, ne imparato pœna mortis imponatur, quemadmodum humanitas exigit, ut miſerum lautioribus cibis reficiamus.

Ob-

OBSERV. MCCCLXXXVI.

Tum enim expectantur 30. dies) Hanc legem, ad instantiam Ambrosii, latam esse â Theodosio M. ut esset pars pœnitentiæ, jubente Ambrosio, propter cædem Thessalonicensium, peragendæ, tradunt, quamvis res non careat difficultate, cum *d. l. 20. C. h. t.* alios Autores exhibeat, in qua componenda laborat *J. GOTOFRED. in Codic. Theodos. Tom. 3. ad. l. 13. de differend. pœna extra ordinem impetrata ab irato Principe vid. dissertat. D. RECHENBERGII* de Theodosio M. Imperat. excommunicato *§. 20. seqq.* quæ exstat in *Volum. dissertat. p. 2. n. 10. add. BROIDÆ ad Pollet. histor. for. Rom. l. 5. c. 18* Hodie *d. l. 20. C. h. t.* nullus videtur esse usus, neque enim sententiæ ferales ab ipso Principe feruntur, in mandatis autem durioribus, malum imminens non 30. dierum morâ, sed rationibus potius ab inferiore Magistratu redditis, averti solet.

OBSERV. MCCCLXXXVII.

Impediunt pœnam) Quod mors Rei, pœnam tollat, illud naturale est, sicut etiam ex imperio civili, omnibus Gentibus communi; fluit jus aggratiandi, quousque autem jus mitigandi vel mutandi pœnam, Magistratibus inferioribus competat, id ex institutis cujusvis civitatis cognoscendum est. Præscriptio verò criminum juris Romani est, de qua diximus observ. 1124.

TIT. XX.

DE BONIS DAMNATORUM.

OBSERV. MCCCLXXXVIII.

JUre veteri) Capitaliter damnati olim fiebant vel *servi pœnæ*, vel minimum *civitatem amittebant*, utroque

que casu sequebatur confiscatio bonorum propriorum, nam bona, quæ aliorum sunt, vel aliis debentur, confiscari vetat lex naturalis *h. t.* Quamvis autem *servitus pœnæ* per *Nov. 22. c. 8.* simpliciter sit sublata, dissentientibus licet nonnullis quos sequitur *AUTOR lib. 28. tit. 1. lit. C. a. n. 1.* mansit tamen in damnatis *peregrinitas*, hinc etiam duravit post *d. Nov. 22. cap. 8.* confiscatio, donec per *Nov. 134. c. fin. tolleretur.*

OBSERV. MCCCLXXXIX.

An etiam post Nov. 118.) Negat *MATHÆI d. l.* quod, filio condemnato, Pater peculium adventitium & castrense lucretur, cum post *Nov. 118.* non amplius jure patriæ potestatis illud occupet, sed potius, juxta consuetum succedendi ordinem, consequatur, adeoque per fiscum, delicto commisso excludatur. Hodie hæc res habebit usum in solo crimine Majestatis, quamvis non putem, facile exstiturum esse casum, ut filius in sacris paternis constitutus, inscio patre, crimen illud committat.

OBSERV. MCCCXC.

Existentibus descendentibus & ascendentibus usque ad tertium gradum) Quodsi ponas ad mortem damnatum habere factionem testamenti, quæ sententia in Electoratu Saxoniæ certa est *p. 3. C. 3.* præterea apud plerosque populos obtinere perhibetur *vid. CARPZ. qu. 135. n. 20. seqq.* tum restrictio juris civilis quoad hæredes ab intestato cessabit, ac damnati bona, deficiente testamento, ad quosvis hæredes legitimos, juxta prærogativam gradus, pertinebunt, si enim damnatus testamento extraneum instituere potest, quis dubitabit, quin, eo cessante, cognatis omnibus voluntate tacita hæreditatem largiatur?

OB-

Observ. MCCCXCI.

Si verò tanquam pœna principalis expresse adjiciatur sententiæ, tum res expedita est) V. gr. si indigno auferatur hæreditas, tum eam adhuc hodie fisco acquiri censet *AUTOR*, quæ sententia etiam facilè defendi potest. Interim sententia dissentientis *CARPZOVII d. l. 1.* hæreditatem cæteris hæredibus ab intestato adjudicantis, non iniqua est, hinc si usu fori probetur, non immerito admittitur.

Tit. XXI.
DE BONIS EORUM, QUI ANTE SENTENTIAM, VEL MORTEM SIBI CONSCIVERUNT, VEL ACCUSATOREM CORRUPERUNT.

Observ. MCCCXCII.

Confiscantur etiam bona reorum) Cum *confessus* aut *convictus* pro *condemnato* habeatur, hujus verò bona confiscentur, ideo illius & istius bona quoque fisco adjudicanda fuerunt. Sed cum hodie prius cesset, hinc consectarium quoque deficere, *AUTOR* admonet. Imo, juxta mores hodiernos, & testamenta eorum, qui mortem sibi consciverunt, vel corrupto adversario, mortui sunt, valebunt, & iis, cessante ultima voluntate expressa, hæredes ab intestato simpliciter succedent, per ea, quæ Observ. 1390. dixi.

Tit.

Tit. XXII.
DE INTERDICTIS, RELEGATIS ET DEPORTATIS.

Observ. MCCCXCIII.

INterdictus est) Tres pœnæ, quæ hic recensentur, â lege positiva dependent, earumque usus & effectus magis ex legibus germanicis, quam Romanis æstimandus erit, usum tamen subsidiarium his non negabo.

Tit. XXIII.
DE SENTENTIAM PASSIS ET RESTITUTIS.

Observ. MCCCXCIV.

REstitutio) Quemadmodum restitutio ex imperio civili fluit, ac omnibus civitatibus communis est, ita restitutionem justitiæ, lex naturalis exigit, sed Gratiæ restitutio, ex Imperantis clementiâ, justis tamen causis non destitutâ, dependet. In quantum autem delinquens restituatur, id â voluntate Principis dependet, quæ debita interpretatione ostendi debet, quæ omnia communia, non Romana sunt.

Tit. XXIV.
DE CADAVERIBUS PUNITORUM.

Observ. MCCCXCV.

COrpora hominum sepelienda) Homines mortuos ex lege socialitatis sepeliendos esse, jam Observ. 298. ad-

admonui, ſicut autem erga delinquentes vivos, ſocialitas certo modo ceſſat, ut puniri illi queant, ita quoque erga mortuos omitti illa poteſt, hinc cadavera eorum inſepulta relinqui poſſunt.

OBSERV. MCCCXCVI.

Propter atrocitatem delicti) Hæc non eſt unica cauſa, quare delinquentium cadavera inſepulta relinquantur, ſed inprimis huc pertinet *delictorum frequentia*, hinc fures patibulo affiguntur, ſed homicidæ, qui alios, exortâ rixâ, occiderunt, ſepeliuntur, licet homicidium furto ſit gravius, quia ſcilicet illud tam frequenter non fit, quam hoc. Sic qui duello inter ſe contenderunt, licet ſe ne quidem vulneraverint, attamen & ultimo ſupplicio puniri, &, ob eandem rationem, cadavera inſepulta relinqui ſolent.

OBSERV. MCCCXCVII.

Anatomicis etiam tradi ſolent à Principe) Non verò â Magiſtratu inferiori, hujus enim eſt, ſententiam latam ſimpliciter executioni mandare, adeoque vel cadavera ſepelire, vel in loco ſupplicii relinquere. Coriarios quoque ad concinnationem corii humani teneri, ac inde nullam ipſis metuendam eſſe infamiam recte quoque dicitur â *CARPZOVIO d. qu. 137. in fin.* ratio tamen, quibus Coriariorum dubio ibidem occurritur, ſatis rectè ſe non habet.

LIB. XLIX. TIT. I.

DE APPELLATIONIBUS ET RELATIONIBUS.

OBSERV. MCCCXCVIII.

APpellatio) Eſſe hanc, actum, Rebuspublicis omnibus notum & uſitatum, dubio caret, quemadmodum

dum etiam certum est, quod illa partim jure, omnibus hominibus communi, partim cujusvis civitatis proprio regatur, adeoque juris Romani usus hic non adeò magnus sit.

OBSERV. MCCCXIX.

Origine juris naturæ) Hoc appellationem aliquando *permittit* in causis scilicet privati arbitrii, & ubi quis læsus est, aliquando *præcipit*, si quis in causis vitam ac simile quid concernentibus gravatus sit, nec aliud defensionis medium suppetat, aliquando *prohibet*, si nempe appellatio frivola sit, cæterum hæc obligatio quotidie ferè â malis debitoribus impune violatur, id quod ad fori corruptionem referendum est.

OBSERV. MCCCC.

Appellant omnes) Ex his igitur liquet, naturale esse, ut gravati appellent, quod per exempla illustratur *lit. S.* In quantum autem unius appellatio ad alios quoque pertinere censenda sit, id ex *affectu* & *voto* eorum judicandum, sed lex positiva certius hoc definit *lit. S. n. 1. conf.* BERGER *h. in resolut. qu. 1.* Forte illa res non adeo magnum habet usum, cum homines ad interponendam, quam omittendam appellationem sint procliviores, adeoque non facile, in quantum unius appellatio alteri prosit, laborandum videatur.

OBSERV. MCCCCI.

Subjectum â quo lit. P.) Appellatur â judice inferiore ad Superiorem, id quod ex natura imperii civilis, omnibus Rebuspublicis communis, resultat. Quis autem inferior vel Superior judex censeri debeat, id ex statu cujusvis civitatis intelligendum. Quæ igitur *AUTOR* ex jure civili, vel intuitu extranearum Rerumpublicarum, hic adducit, illa in Germaniâ nullius

 esse

esse usus, palam est. Porro quoad Rempublicam germanicam, Status imperii, non recte nudis Magistratibus accensentur, quæ comparatio iterum *AUTORI* placuit, quare potius in Germania Appellationes dupliciter sunt considerandæ, vel intuitu *singulorum Territoriorum*, in his â veris Magistratibus, ad Dominum Territorialem, juxta statuta provincialia, appellatur, si scilicet ampliora sint, adeoque eorum conditio, appellandi ordinem admittat, vel *Totius Imperii*, in hac tractatione considerandum, an & in quantum â Statibus, ad summa Imperii Tribunalia appellare liceat, cujus rei explicatio, Reipublicæ germanicæ nexum ex parte exhibet, adeoque ad disciplinam Juris publici pertinet *vid.* Specim. Jur. public. *l. 5. c. 1. §. 11. seqq.*

OBSERV. MCCCCII.

Non etiam illi qui superiorem non agnoscunt) Modo contrarium pacto vel consuetudine non sit introductum. Sic olim ex Polonia Magdeburgum, & civitates Pomeranicæ Lubecam appellarunt, ita nonnulli thesin illam limitandam censent *vid. STRYK in not. h.* sed non opus est, nam istæ provocationes, non fuerunt veræ appellationes, sed, consilii suggerendi vel juris explicandi causa, saltem factæ sunt, quemadmodum hodie ad Collegia Juridica eo fine acta transmitti solent, id quod jam admonuit *RHET. J. J. P. l. 2. tit. 3. §. 25.* qui etiam testatur, quod jus recipiendi appellationem, â nonnullis *Jus Refôrtûs* dicatur.

OBSERV. MCCCCIII.

Si per saltum fuerit facta, remittitur ad immediatum) Ordinem appellandi definit lex positiva, hinc ea de re, leges provinciales præcipuè sunt consulendæ, nec insolens est, ut præterito intermedio, ad Superio-

rem

rem ſtatim eatur. Sic in Saxonia Electorali â judicibus inferioribus vel ad Curiam Provincialem, vel ad Regimen aulicum, ſeu Cancellarium appellari poteſt, licet illa Huic ſubſit, ac ab Ea, ad Hanc amplius appellari queat.

OBSERV. MCCCCIV.

Appellatur â ſententia) Naturaliter â quovis gravamine injuſto appellare licet. Cæterum cum ſæpe non conſtet, an *gravamen* adſit, & an illud ſit *injuſtum*, ideo aliquando lex poſitiva quasdam cauſas, ob evidentem frivolæ provocationis præſumtionem, appellationibus ſubtrahit, aliquando vero indiſtincte appellationes fieri permittit, quod ultimum, ob gravaminis incertitudinem, concinnius videri poteſt, modo in caſum ſuccumbentiæ pœna ſimul decernatur, aut ab appellaturo juramentum exigatur, nam ſine his, promiſcua illa appellandi licentia, magnum fori corruptionem arguit.

OBSERV. MCCCCV.

Jure Canonico ab omni gravamine poteſt appellari) Quod ſine dubio, ex rationibus ſtatus papalis eſt introductum, ut hac ratione & Jurisdictio Pontificis extenderetur, & ex litium multitudine, reditus Cameræ papalis augerentur. In quantum autem vel jus civile vel Canonicum in Germania valeat, id ob Territoriorum multitudinem, generaliter vix definiri poteſt. Ex ſententia *BRUNNEMANNI de proc. civ. c. 28. n. 6.* in Camera & Electoratu Brandenburgico, jus civile, in Saxonia, Canonicum obſervatur.

OBSERV. MCCCCVI.

In cauſis criminalibus) Recte dicitur, quod jure civili etiam in cauſis criminalibus appellari poſſit, nec ob-

obstat *l. 244. de V.S.* nam hoc saltem docet, quod â *pœnæ determinatione*, quam lex aut Imperans facit, provocari nequeat, quia Imperante non datur Superior, quin autem â *pœnæ applicatione*, quam facit judex, adeoque in *causa criminali*, appellari queat; neutiquam negat *vid. l. 1. §. 4. ad SCt. Turpill. ZOES. ad ff. de appell.* Sic frustra fur pœnam suspendii iniquitatis arguet, ast si ostendere velit, pœnam illam â judice male ad se applicari, tum audietur. Atque hac in parte pœna â multâ discernitur, hæc enim, cum â judice determinetur, tam ratione *determinationis* quam *applicationis*, provocationi subjacet, quod discrimen *JCTUS* in *d. l. 244.* intendit.

OBSERV. MCCCCVII.

Quod tamen in Camera non observatur, etiam quoad causam matrimonialem) In criminalibus â Statibus Imperii, ad Cameram imperialem non appellatur, quod ex *antiqua consuetudine* descendere dicitur *ORD. CAM. p. 2. tit. 28. §. 5. vid. KULPIS ad Mon. Zamb. c. 5. §. 18. in fin.* dubio procul rei ipsius conditio, hanc consuetudinem introduxit, nam molestissimæ erant futuræ appellationes in criminalibus, imo moraliter impossibile est, ut illas Camera expediat, hinc ne hac in parte justitiæ administratio plane deficeret, appellationes omittendæ fuerunt. Quod autem in matrimonialibus, aliisque causis ecclesiasticis, ad Cameram non provocetur, id ex papatu eique respondente superstitione resultat, de quibus pluscula dixi *in* Specim. Jur. public. *l. 5. c. 1. §. 11. 12. 13. 14.*

OBSERV. MCCCCVIII.

Quæ consuetudo ad inferiora judicia non est extendenda) Hæc doctrina incongrua est, dum Status imperii,

rii, pro nudis Magiſtratibus iterum habet, ac ex hypotheſibus monachicis malè æſtimat, quid in Germania obtinere debeat. In Monarchia quidem ita juris eſt, ut ſpecialis conſuetudo judicii ſupremi, ad inferiora & ſubordinata judicia, non ſtatim trahenda ſit, ſed hæc maligne applicantur ad Germaniam, ubi Status, in ſuis Territoriis, Superioritate Territoriali gaudent, ac ejus vi, ut alia, ita etiam proceſſum pro lubitu, ſalvis ſolum æquitatis & legum fundamentalium decretis, moderari poſſunt. Quodſi adeo iis viſum fuerit, in criminalibus, appellationi aliud defenſionis genus ſurrogare, ejus rei arbitrium optimum maximum habent *arg. art.8. §.1. Inſtrum. Pac. Weſtphal.* Et ſi in Saxonia & Ducatu Wurtembergico id licuit, fatente *AUTORE*, ubivis id licet, quia omnium Statuum, hac in parte, eadem eſt ratio & conditio!

OBSERV. MCCCCIX.

Sed in his locis, loco appellationis, eſt defenſio) Quemadmodum lex poſitiva appellationes nonnunquam plane prohibet, ita earum loco, *defenſiones* introducere poteſt. In Saxonia tamen, ſi proceſſus accuſatorius ſit, appellationibus adhuc locum eſſe, docet *CARPZOV. d. qu. 139. n. 31. 32.* cujus rei uſus non adeò magnus erit. De cætero appellatio & defenſio non ejusdem omninò ſunt effectus, hæc enim, cum judicio ejusdem Judicis ſemper ſubſit, ſæpe inefficax deprehenditur, ſicut vice verſa nonnunquam plus favet Reo, dum contradictor, qui defenſionis momenta refutet, regulariter non adeſt.

OBSERV. MCCCCX.

Hodie tamen certa ſumma eſt tantum appellabilis) Status imperii non recte miſceri Magiſtratibus ſimpli-

cibus, hinc inde jam annotavimus, hinc si quis, in usum Germaniæ, appellationem recte tradere velit, etiam hic duplex respectus erit distinguendus, adeo ut eadem primò ratione singulorum Territoriorum, deinde ratione totius Imperii expendatur, in quem locum incidit quæstio de summa appellabili, eaque ad Jus Publicum pertinet. *vid.* Observ. *1401.*

OBSERV. MCCCCXI.

Hæc summa æstimatur ex petitione actoris arg. l. 19. §. 1. de jurisdict.) Ista sententia ideò admissa videtur, quod alias res hæc exitum habere nequeat, cum enim incertum sit, quantum debeatur, non potest sane, sub litis ingressum, ad *debitum* respici, sed summa appellabilis ex *petitione* æstimanda est, quæ ratio communis cum in *d. l. 19. §. 1. de jurisdict.* reperiatur, hactenus illa allegari potuit, nam alias in determinanda Statuum Imperii conditione, in quantum scilicet illi, vel Imperantibus, vel Magistratibus, accenseri debeant, juris Romani, quâ talis, nulla est autoritas *add.* STRYK. *in not. h. ad p. 723.*

OBSERV. MCCCCXII.

Item in Saxonia) Nec tamen ideò quævis causæ, trinæ appellationi subjacent, sed supponendi sunt termini habiles; Si lis agitatur coram Magistratu Amtsassio, tum poterit appellari ad Præfectum, **an den Amtmann**, ab hoc ad Curiam Provincialem, **an das ober Hoff-Gerichte**, ab hac, ad Regimen aulicum, **an die Regierung**. Quodsi autem prima instantia sit in Curia Provinciali, tum unica appellatio saltem locum habet, si immediate in Cancellaria lis ventilari incipiat, tum cessante omni appellatione, Leuteratio & Superleuteratio locum invenit. De cætero crediderim,

in

in omnibus Territoriis,in quibus tres aut plures inſtantiæ reperiuntur, tribus aut pluribus appellationibus uti licere, ac ex iſto regionum ſtatu, ſatis validam contra uſum *l. un. C. ne lic. in una eademque cauſ.* oriri præſumtionem.

OBSERV. MCCCCXIII.

Forma eſt lit. fr.) Modum appellandi præcipue dirigit lex poſitiva. *AUTOR* in eodem declarando reſpicit ad jus civile & Camerale, quæ in ſingulis Germaniæ Territoriis exiguum habent uſum, hinc leges provinciales potiſſimum conſuli debent, *conf. STRYK in not. b. BERGER in reſolut. h. qu. 2. 3.* Annon autem multa hic intercurrant, quæ fori corruptionem redoleant, ejus rei dijudicatio ad locum communem, de habitu proceſſus forenſis, pertinet, de quo nunc aliqua dicere non attinet.

OBSERV. MCCCCXIV.

Appellationē interpoſita lit. E.) Effectus appellationis, ex intentione appellantis, imperio civili & generali judicis officio dependet, adeoque naturalis cenſeri debet, nam ut cauſa ad ſuperiorem devolvatur, hoc quidem appellans intendit, ut porro judex â quo, pendente appellatione, nihil innovet, id imperium civile requirit, denique ut appellatione juſtificata, in meritis cauſæ pronunciet Judex Superior, id ejus officium poſtulat. Quomodo tamen judices inferiores ad officium obſervandum adigendi aut ſecus facientes puniendi ſint, id â lege poſitiva eſt, quæ etiam definit, quid in ſecundâ inſtantia tractari debeat, nec in Territoriis ſtatuum generaliter verum erit, quod *cauſa principalis reducatur in eum ſtatum, in quo fuit tempore litis conteſtatæ*, ceu *AUTOR* ex *l. 13. C. de procurat.*

contendit. Denique penes quem executio esse debeat interposita sententia, id itidem leges provinciales determinant.

Observ. MCCCCXV.

Contraria sunt Renunciatio) Quod *renunciatio* tollat appellationem, id naturale est, tacitæ autem renunciationis, cujus hic fit mentio, hodie usus oppidò rarus erit. *Indignitas* personæ ostendit, quod appellatio frivola sit futura, hinc jus appellandi naturaliter etiam cessat, quod lex civilis confirmat, nec tamen nimis rigorosè hic incedendum, sed ob summam facti evidentiam, demum huc recurrendum erit. Hodie, ubi in criminalibus appellationes in genere cessant, hujus rei nullus usus est. Idem dicendum de *confessis* & *contumacibus*, nam & hæ circumstantiæ ostendunt, quod appellatio frivola subsit, hinc non immeritò facultas appellandi negatur, quamvis, cum sæpe appellationes nullius momenti aliàs admittantur, de hac re ex usu judiciorum amplius judicandum sit. Quo loco etiam notari debet, quod quamvis appellatio aliqua sit frivola, non tamen eam judex inferior spernere debeat, sed illa saltem â Superiore non recipiatur, satius tamen foret, si in casibus, in quibus appellare non licet, judici inferiori detur facultas appellationem impune negligendi, sic enim citius ad finem processus deduceretur.

Observ. MCCCCXVI.

Quod est contra jus) Summum scilicet & strictum, quod summa sæpe est injuria, nam alias æquitati magis est consentaneum, ne domino negligentia Procuratoris imputetur, sed ut, illius jure salvo, hic saltem puniatur *vid.* Observ. *91.*

Ob-

OBSERV. MCCCCXVII.

Temeritas appellationis punitur) Hoc optandum esset, cum litigantium temeritas optimè hoc modo reprimeretur, interim rarò talis pœna occurrit, cujus rei rationes fortassis sunt magis secretæ, quam ut vulgus eas intelligere debeat. Condemnatio verò in expensas, non est pœna, sed damni illati restitutio, quamvis nec sumtus factos ex asse recipere soleat victor.

OBSERV. MCCCCXVIII.

Supplicatio) Hanc etiam esse medium, quod gravatis, in sui defensionem, suppeditet natura, facile liquet, cum tamen & in abusum pateat; hinc pacta vel leges positivæ ejus *usum*, *modum* & *effectum* amplius determinant. *AUTOR* eam hic considerat ex jure Romano, cujus rei nullus in Germania usus, nam indoles supplicationis, intuitu Judicii Aulici, ex legibus fundamentalibus germanicis *vid.* Specim. jur. publ. *l. 6. c. 5. §. 33.* Territoriorum verò germanicorum, in quibus loco Leuterationis esse solet, ex legibus provincialibus cognoscenda est, hinc nulla etiam est causa, cur eam, *remedium Extraordinarium* in Germania dicere debeamus, quæ omnia etiam ad *Revisionem* possunt applicari *add.* Specim. Jur. publ. *l. 6. c. 4. §. 32. seqq.*

OBSERV. MCCCCXIX.

Leuteratio) Quoad hanc etiam antea dicta obtinent *add. DECIS. SAXON. 69. BERGER in resolut. h qu. 3. in fin.* An vero expediat in illis judiciis, quæ appellationi subjacent, leuterationem vel simile remedium admittere? id aliis decidendum relinquimus.

OBSERV. MCCCCXX.

Querela nullitatis) Quatenus hæc simpliciter ut medium defensionis consideratur, eatenus est juris naturalis, ast quatenus remedio appellationis opponitur, ac peculiari effectu & duratione gaudet, peculiaresque casus præsupponit, eatenus est juris civilis, nec plane improbabile est, si discrimen appellationis & querelæ nullitatis, eo fine introductum dicas, ut lites augeri implicarique magis aut resuscitari ea ratione possent, nam aliâs vigilantibus uniforme medium sufficere posse videbatur.

OBSERV. MCCCCXXI.

Durat 30. annos) In Saxonia Electorali intra spatium Saxonicum nullitatis querela proponi debet *O. P. S. tit. 38. §. 1.* Imo in *R. J. 1654. §.* in deme auch *121.* constitutum est, ut querela nullitatis etiam intra decendium, ad exemplum appellationis, proponatur. Ex quo textu satis liquet, distinctionem appellationis & querelæ nullitatis, ad artis rabulariæ inventa pertinere. Cum autem ab executione appellare non liceat, plane iniquum fuerit, si querelæ nullitatis, executioni oppositæ, effectum suspensivum tribuere velis, hinc regulariter etiam ille cessat *vid. O. P. S. d. tit. 38. §. 1.*

OBSERV. MCCCCXXII.

Restitutio in integrum) De hac egimus Observ. *105. seqq.* ibique ostendimus, in quantum illa Juris Gentium vel Romani censeri debeat, quæ adeo hic repetere non attinet.

OBSERV. MCCCCXXIII.

Syndicatus) Eos, qui munus aliquod sustinent, ac eodem alios lædunt, tam ad damni restitutionem, quam pœnam teneri, id ex generalibus principiis satis

tis liquet, quod verò actio ac cognitio eo nomine instituta, *Syndicatus* nomen gerant, illud ad inventa interpretum juris civilis pertinet, cum enim Syndici sint defensores juris publici, hinc existimatum fuit, quod inquisitio cujusvis injustitiæ, inprimis vero ejus, quæ ab Officialibus committitur, ac rationes utilitatis publicæ propius attingere censetur, recte Syndicatus vel Syndicatio dicatur *vid EKHOLT ad ff. de custod. & exhibit reor. §.5.* hinc etiam ex sententia *PARIDIS DE PUTEO* JCti Neapolitani & Practici maximi, prout in Titulo tractatus *de Syndicat.* Francof. 1608. primum in Germania in octavo excusi, dicitur, *syndicatio est experimentum totius justitiæ*, in *evidentiali*, quod vocat, *n. 2.* Cæterum uti denominatio illa solennes veterum Glossatorum conceptus redolet, dum ex jure Romano repetunt, quicquid omnibus Gentibus commune est, ita ipsa etiam doctrina iisdem præjudiciis referta est, nam *PARIS DE PUTEO* omnes Cæsaris Regumque excessus Syndicatui subjicit.

OBSERV. MCCCCXXIV.

Relatio) Hæc etiam ex imperio civili fluit, nam Judices inferiores in causis dubiis ad superiorem recurrere posse & debere, manifestum est, quia tamen responsa juridica dare, nonnunquam satis molestum est, ideo â Collegiis juridicis illa potius hodie expeti jubet Imperans, salvâ nihilominus, si opus videatur, ad aulam relatione.

TIT. II.

DE JURE FISCI.

OBSERV. MCCCCXXV.

FIscus) In hoc & sequentibus titulis jus publicum Romanum tradi creditur, quod haut admitto, nam fiscus

fiscus quidem ad Jus publicum spectat, ast si ille cum subditis agat, tum hoc omne ad Jus privatum referendum est, vel enim concernit ipsos subditos, vel etiam insuper fiscus, ut privatus, spectatur, dum contrahit vel hæres instituitur similiaque peragit aut patitur. In cæteris,vero titulis, subditorum conditio varia, quam in Civitate habent, expenditur, dum de militibus ac municipibus, varioque eorum jure ac obligatione agitur, quæ tota tractatio, cum subditos constitutos concernat, privata est, ac ad Jurisprudentiam privatam pertinet, nam in hac non tantum subditorum matrimonia, contractus, delicta, processus, cum juribus res concernentibus, explicari debent, sed & eorum conditio civilis tradenda est, nulla enim apparet ratio, cur hæc ad aliam trahenda sit disciplinam *vid.* specim. Jur. public. *l. 3. c. 10. §. 27. seqq. conf.* Observ. *12.*

2. Rem ipsam quod attinet, sumitur fiscus vel (1.) pro *persona morali* seu *ipsa Republica*, quatenus hæc certorum bonorum dominium vel simile jus habet, hæc acceptio est frequentissima, dum fisus præscribere, contrahere variaque privilegia, intuitu rerum suarum, habere dicitur, vel (2.) pro *patrimonio Reipublicæ*, quo pertinet *AUTORIS* definitio.

OBSERV. MCCCCXXVI.

Fiscum habet Majestas) Unaquæque Respublica sui juris, gaudet imperio civili, sub quo etiam continetur *jus fisci* i. e. jus colligendi & possidendi bona in usum Reipublicæ adbibenda, id quod omnibus gentibus commune est, ac in Jurisprudentia Universali exponi debet.

OBSERV. MCCCCXXVII.

Multi etiam Status hoc jus habent) Si ad hypothesin

ſin deſcendas, tum ex ſtatu cujusvis Reipublicæ æſtimandum, penes quem jus fiſci ſit, id quod in Jure publico, cuivis Civitati proprio, exponi debet. In Germania cum Status Imperii, jure proprio Territoria poſſideant, ac ſuperioritas Territorialis, ſit ſpecies imperii civilis, ideo ſinguli Status quoque jure fiſci gaudent, id quod ex legibus Germaniæ fundamentalibus repetendum, jus vero civile & Canonicum incongruè allegantur, cum eorum nulla hac in parte poſſit probari autoritas.

OBSERV. MCCCCXXVIII.

Regulariter utitur jure communi) Sed hæc doctrina non rectè regulæ loco conſtituitur, cum pertineat ſaltem ad eum caſum, ubi fiſcus, ad inſtar alicujus privati, cum ſubditis, intuitu rerum ſuarum, agit, hinc meritò jus, quod Fiſco tantum competit, ſeparandum erat ab eo jure, quod Eidem cum ſubditis commune eſſe poteſt & ſolet, ac ad hoc tantum illa doctrina referenda. Solidius igitur, niſi fallor, jura fiſci ſic proponentur: Fiſcus, aut ſi mavis, Respublica, vi imperii civilis, poteſt ſubditos â variis rebus excludere, earundemque adeò dominium originarium ſibi aſſerere, eo pertinent, res omnes, quæ in Republica reperiuntur, alicujus pretii ſunt & dominium privatum non habent, ut flumina, viæ publicæ, feræ beſtiæ, metalla ſimiliaque, præterea etiam poteſt ex bonis ſubditorum aliquid decerpere, imò nonnunquam, vi dominii eminentis, eximium quid & vulgares præſtationes longè excedens, ipſis auferre, quæ omnia ***patrimonium Reipublicæ*** conſtituunt *vid.* ſpecim. Jur. public. ***l.3. c.3.*** quod â diverſo uſu amplius diſtingui poteſt, dum quoddam unicè ad *ſuſtentationem Principis* pertinet,

aliud

aliud *usibus Reipublicæ generaliter inservit.* De cætero manifestum est, quod jus illud colligendi patrimonium publicum, Reipublicæ aut fisco sit proprium, ac in homines privatos non cadat, hinc hactenus frustra fiscus cum privatis sub una regula comprehenditur.

2. Quodsi autem patrimonium publicum erectum præsupponas, tum non infrequens est, ut fiscus vel Respublica, ad exemplum aliarum personarum moralium, cum subditis agat, adeoque jura aliis hominibus communia, ad illam quoque applicari queant, tum doctrina *AUTORIS*, quod *fiscus utatur jure communi*, locum habere potest, quamvis amplius distinguendum sit inter *jus naturale*, hoc dubio procul fiscum quoque obligat, hinc illum â læsione abstinere, ac fidem datam servare debere, certum est, & *positivum*, hôc uti potest & solet fiscus, sed eidem non subest, nisi ultro se ei submittat, sic v. gr. contra subditos fiscus potest præscribere, sed invitus præscriptionem pati non tenetur, spectanda igitur hic erit voluntas Reipublicæ *add. STRYK in not. h. in fin.*

OBSERV. MCCCCXXIX.

Singulari tamen jure utitur) Sicut *AUTOR* in proponenda regula non rectè incessisse videtur, ita exceptio eôdem laborat vitio, dum fiscum & privatos conjungit, etiam quoad illud jus, quod in hos plane non cadit. Quæ igitur de acquisitione *generali* per contributiones & collectas, de *singulari* per universitatem *n. 2. 3. 4. 5.* ut & per partes, ex *l. 46. de C. E. V. l. fin. C. de litig. l. 1. h. t.* (quoad pleraque exempla) dicuntur, illa ab hac tractatione separanda sunt (cum omnis illa acquisitio fiat vi imperii civilis adeoque ad subditos non quadret) & singulare jus seu exceptio, eos saltem

casus

casus referenda erit, qui fisco & subditis sunt communes. Præsupposito igitur patrimonio publico, per imperium civile constituto, de jure singulari fisci, quoad *augmentum* (quorsum pertinet casus delatæ hæreditatis *n. 1. h.* nec non reperti thesauri ex *§. 39. J. de R. D.* si illum pro re nullius habeas) *conservationem* & *alienationem* potest quæri, secundum ea quæ *AUTOR* tradidit, quo loco notandum, quod nonnunquam Imperantes, in privilegiis fisco concedendis, ultra modum sint liberales, quem morem bonus Princeps non facilè probabit.

2. An fiscus restitutione in integrum gaudeat, quæri etiam solet? Hujus quæstionis decisionem ex jure Romano haut esse repetendam, sed generalia potius æquitatis principia consuli debere arbitror, hinc si appareat, fiscum culpa vel dolo administratorum esse læsum, tum meritò contractus ei non imputatur, seu stilo communi, in integrum is restituitur, quodsi verò fiscus sine causa, eludendæ obligationi semel constitutæ, restitutionem urgeat, tum facile liquet, quod palliandæ injustitiæ color saltem quæratur.

TIT. III.

DE CAPTIV. ET POSTLIMIN. ET REDEMT. AB HOSTIBUS.

OBSERV. MCCCCXXX.

Captivi) Captivorum & rerum captarum triplex est consideratio, vel enim spectantur (1.) quatenus *fiunt* (2.) in *captivitate existunt* ac (3.) *ab hac liberantur*. *AUTOR* duos respectus priores conjunxit *n. 1.*, tertium

tium verò adæquate satis non proposuit, ceu ex sequentibus apparebit, de cætero jura, quæ hic occurrunt, & usum habent, omnibus hominibus fere communia sunt, Romana autem non adeo valent, sed hoc ex sequenti tractatu distinctius intelligendum!

OBSERV. MCCCCXXXI.

Quæ est occupatio rei hostilis in justo bello facta) Bellum, per quod captivi & res captæ fiunt, hic dicitur justum, non juxta *jus naturale*, sed *gentium bellicosarum consuetudinem*, adeoque id solum spectatur, an geratur ab eo, qui habet Majestatem, ac juxta solennitates receptas denunciatum sit, justis ex causis illud susceptum sit, nec ne, aut num intra debitos limites geratur, an ultra modum sæviatur, hactenus non attenditur. Præterea requisita illa saltem exiguntur quoad effectum occupationis bellicæ, quem illa habet intuitu civitatis, ex qua aliquid captum, ratione vero capientium illa minimè sunt necessaria, nam cujuscunque conditionis sint capientes, personæ & res captæ, eorum arbitrio simpliciter subsunt.

OBSERV. MCCCCXXXII.

Est vel publica) Hæc distinctio non admittenda videtur, cum potius omnis occupatio, publico nomine fieri debeat adeoque publica sit, nam sine permissu publico occupatio facta in latrocinium incidere videtur. Posset tamen suo modo distinctio probari, si alia occupatio *permissu* quidem *publico*, sed *ausu privato*, alia vero & *decreto* & *apparatu publico* fieri dicatur, prioris generis exemplum exhibent illi, qui autoritate publica prædatoriam in mari exercent, die Caper, welche ordre haben zu capern, ac â piratis omnino seperantur *conf. STRYK in not. ad tit. de L. RHOD.*

Rhod de jact. ad p. 241. posterioris vero exempla exercitus & classes navales, quæ data occasione, hosti suo quid auferunt, sistunt.

OBSERV. MCCCCXXXIII.

Causa efficiens est jus Gentium) Jure naturali quidem licitum est, res hostium occupare, si scilicet justa belli causa adsit, ac modus, quem humanitas præscribit, quantum fieri potest, servetur. Ast quod sine causa, ac ultra finem & modum, res hostium occupari queant, illud est â jure Gentium, i. e. nullo jure, sed mera bellicosarum gentium consuetudine, quæ saltem, quid fiat, non quid fieri debeat, ostendit.

OBSERV. MCCCCXXXIV.

Militantes personæ) Vel minimum illi, qui permissu Imperantis, hosti nocere possunt, nam alias, orto bello, non cuivis subdito erga hostem, hostilitatem exercere licet, aut saltem ausus iste non solet esse impunitus, sed potius ab hoste deprehensi, facinorosorum instar, puniuntur, quod exemplo piratarum patet, qui suspendio coercentur. Scilicet bella sæpe quidem latrociniis privatis haut sunt justiora, attamen gentes bellicosæ, quicquid ipsæ agunt, pro licito haberi volunt, hinc si quis Imperantis permissu, in consortium belli assumatur, tum juris bellici fit particeps, nec ob exercitam hostilitatem, alia incommoda metuere debet, quam quæ bellum regulariter comitantur, ast si sine permissu publico eandem rem agere velit, tum pro raptore & prædone habetur ac supplicio sæpe satis acerbo afficitur, ut hic etiam locum inveniat: duo cum faciunt idem, non est, aut saltem non censetur, idem.

Observ. MCCCCXXXV.

A latronibus capti liberi manent) Utrum aliqua gens, justi populi titulum mereatur, an latronum nomine diffamanda sit, illud plerumque Gentium ambitione definitur, nec segnius famosa illa appellatio retorqueri, quam inferri solet, hinc dubium etiam non est, quin Romani latronum titulum sæpe genti cuidam dederint, quæ melioribus moribus vixerit, quã ipsi Romani. Quicquid tamen hujus sit, quando effectus captivitatis quoad latrones negatur, seu ab his capti, liberi manere perhibentur, tum hoc non est intelligendum ratione *latronum capientium*, nam hi captis servilem conditionem perinde in sua civitate imponere possunt, atque hoc faciunt alii victores, quibus justi populi titulus haut denegatur, sed ratione *civitatis, ex qua quis captus est*, in hac scilicet â latronibus captus, pro servo non habetur, adeoque fictionibus legis Corneliæ ac juris postliminii non indiget, quemadmodum etiam, quoad res â latronibus captas, & his denuo ereptas de postliminio non quæritur, licet hoc eò etiam extendi possit, quod exemplo Algeriensium mox illustrabimus, in quantum autem Romana illa hodie usum habeant, deinde videbimus.

Observ. MCCCCXXXVI.

Capiuntur res hostiles) Posita justa belli causa, naturaliter etiam in infinitum, vim bellicam extendere, adeoque in specie res & personas hostium occupare licet, nam hostis injustus, lædendi propositum indefinitum habet, ac actu resistit, hinc defensoris non est, impetum armorum moderari. Si tamen, illo in angustias redacto, arbitrium belli penes defensorem ferè sit, tum humanitas præcipit, ut intra certos limites vis bel-

bellica coerceatur, adeoque hactenus saltem aliquid occupetur, quatenus reparando damno ac cautioni futuræ necessarium est. Sed raro illa servantur, verum, gentes bellicosæ, magis jus Gentium i. e. meram consuetudinem, quam naturale sequuntur adeoque sæpe ultra modum sæviunt.

OBSERV. MCCCCXXXVII.

Modo non admiserint aliquid singulari vindicta dignum) Ita vero non sunt innocentes, quales tamen *AUTOR* in verbis immediate præcedentibus supponit! Dicendum est, quod sint innocentes ratione *hostis*, nocentes vero intuitu *Dei*. Id autem facile liquet, cædem ejusmodi personarum excusari non posse, nisi Deus diserte hoc mandaverit, hinc pessima crudelitas est, quando Imperantes avari & ambitiosi, regionis cujusdam incolas, eo prætextu è medio tollunt, quod hæretici aut infideles, adeoque Dei hostes sint, nam hoc non sufficit, sed speciale mandatum divinum insuper requiritur, cum nemo, nisi Deus, in religionem ipsam habeat imperium.

OBSERV. MCCCCXXXVIII.

Neque chirographo occupato, debitum est occupatum) Verum hoc est, si nihil amplius quam chirographum occupatum sit, nam *jus* est penes creditorem, ac occupari nequit, *res* verò *debita* est penes debitorem, nec (quod supponitur) hostis potestati subest. Non obstat *l. 5. §. fin. de A. R. D.* nam continet regulam, *quod res ex hostibus captæ, capientium fiant*, sed eam applicari hic non posse, cum res debita nondum sit occupata, liquet, nec *l. 59. de Legat. 3. l. 3. §. 1. 2. de liber. leg.* nam ab actu benefico, ad occupationem hostilem malè infertur, si quis enim chirographum tertio vel

ipsi debitori leget, tum meritò jus suum transtulisse, vel extinxisse præsumitur, cum alias nihil actum foret, quale interpretandi genus absurdum est. Sed si hostis hosti invitio chirographum eripiat, tum consensum transferendi in violenta illa occupatione latere, frustra dixeris. Cæterum si ponas, hostem non tantum chirographum occupasse, sed & creditorem in sua habere potestate, ut de juribus & rebus ejus pro lubitu disponere queat, tum omninò etiam debitum occupasse & acquisivisse censeri debet, quo pertinet exemplum Alexandri M. quod *GROTIUS d. l.* refert, is scilicet Thebarum dominus factus, Thessalis centum talenta, quæ Thebanis debebant, remisit, quod eodem jure facere potuit, quo â debitoribus debitum exegisset, hactenus igitur Grotium non dissentire, secus ac *AUTOR* existimat, arbitror.

2. Alia vero est quæstio, an non Thebani, sui juris iterum facti, debitum â Thessalis, nihilominus exigere potuerint? quod omnino puto, nam Alexander debitum quidem remisit, sed jure gentium, hinc remissionis illius effectus non diutius durat, quamvis præsens urget ac factum tueri potest, hac cessante, uti amissa recuperare, ita remissionem, olim â victore factam, non servare licet. Non obstant, quæ *GROTIUS l. 3. c. 9. n. 9.* opponit (1.) *Thebanos fuisse novum populum*, hoc nego, cum successio & ræpresentatio locum hic habeat, & quo jure Alexander multitudinem dissolvit, eodem illa iterum coivit, jure Gentium contraria agere licet, hostis jure eripit, alter eodem jure erepta recuperat, ut ridiculum sit, ex mera illa consuetudine, verum juris effectum elicere velle. (2.) *Alexandrum victorem & dominum, jus hoc alienare potuisse & alie-*

alienasse, sed saltem jure gentium, hinc quo jure ille debitum remisit, eodem Thebani remissionem non servarunt, (3.) *creditum non in eorum esse numero, quæ postliminio redeant*, hoc â scopo plane abludit, inter liberas gentes postliminium simpliciter obtinet, sed quoad subditos ejus civitatis, ex qua aliquid captum, res distingui solent, de quo Observ. *1446.* amplius dicam.

OBSERV. MCCCCXXXIX.

Forma est occupatio) Hoc facile quis crediderit, qui perpendit, quod omnis acquisitio bellica, merâ vi nitatur, nam ita nihil utique acquisitum censeri potest, nisi quod hostis tenet, allegatione juris Romani hic opus non est, quemadmodum etiam ea, quæ de occupatione rerum nullius, vel translatione dominii voluntaria dicuntur, jejunius huc applicantur.

OBSERV. MCCCCXL.

Ita ut res in præsidium sit translata & spes recuperandi præclusa) Hæc non sunt necessaria ratione *hostis capientis*, hic enim omne illud censetur acquisivisse, quod quacunque ratione occupavit, licet negandum non sit, quin pro ratione detentionis ac custodiæ, acquisitio certior vel incertior sit, sed *subditorum ejus civitatis, ex qua aliquid captum*, circa hos enim dispositio juris postliminii locum habet vel cessat, pro diversa hostis occupatione, quo etiam *AUTORIS* doctrina tendit.

OBSERV. MCCCCXLI.

Ab hostibus in bello) Tota hæc doctrina fluit ex indole vis bellicæ, ut allegatione juris civilis nihil opus sit, quæ etiam, quatenus illud jus de rebus nullius agit, â scopo plane abludit, nam res nullius, & hostium, verâ comparatione sibi invicem æquari nequeunt, quæ

autem *n. 3.* de *bello legitimo* dicuntur, illa iterum non quoad *hostes capientes*, sed *subditos ejus civitatis, ex qua aliquid capitur*, sunt intelligenda, nam hostis ipse omnia, quæ occupat, acquirit, sive bellum sit legitimum, sive illegitimum, verum jus postliminii ad prius saltem refertur *add.* Observ. *1435.*

OBSERV. MCCCCXLII.

Captæ personæ fiunt servi) Hactenus vidimus, quomodo captivi & res captæ, *fiant*, postea videndum, *quomodo in captivitate existant vid.* Observ. *1430.* scilicet captivi, sunt servi, & quidem non tantum ratione *hostium*, quod evidentem habet rationem, sed & ratione *civitatis ex qua quis captus est*, nam hujus quoque intuitu, servilis conditionis captivi censentur, quæ omnis res ex *Jure Gentium* originem habere censetur, sed illud jus gentium, si recte expendas, nihil aliud est, quam *lex civilis nonnullarum gentium*, i. e. lex quæ ex imperio civili omnem autoritatem habet, non tamen uni civitati propria sed nonnullis communis est.

OBSERV. MCCCCXLIII.

Hodie non) Hoc certum est quoad ipsos Christianos, inter quos servitus plane cessat, sed si Christianus ab infidelibus captus sit, tum in horum Republica servus esse cogitur, sed an etiam quoad Rempublicam christianam, ex qua est captus, pro servo habendus *sit*, quæritur? multi sane ita censent *vid. PHILIPP. us. Pract. Eclog. 32.* Sed cum illa Romanorum persuasio, quâ legem civilem extraneam in sua etiam civitate, propria autoritate valere, existimarunt, nimis insulsa sit, hinc probabilius videtur, eam â Germanis non esse probatam, adeoque captum, liberum ratione civitatis suæ manere, ac pro absente haberi. *add.* Observ. *849.*

OB-

OBSERV. MCCCCXLIV.

Res fiunt capientium) Ex natura societatis civilis hoc resultat, ut bello acquisita, ipsi societati ejusque Capiti asseramus. In quantum igitur capientibus res occupatæ, sint concedendæ, id ex illius permissu repetendum, & nulla hac in parte legum Romanarum est autoritas. De cætero non solum prudentia, sed & justitia sæpe exigit, ut res captæ militibus in prædam cedant, quo ita non tantum stipendia ipsis exsolvantur, sed & fortitudo præmio afficiatur, ac ad paria patranda, amplius instigetur.

OBSERV. MCCCCXLV.

Legis Cornelia) Tertio videndum quomodo *captivi* & suo modo, *res captæ, â captivitate liberentur,* fit illud *morte* & *reditu.* Putativum jus Gentium, circulos fori Romani valde turbabat, hinc aliis commentis Romani illud eludebant, in casum igitur, quo captus in captivitate moriebatur, lex Cornelia fingebat, eum, ante captivitatem, adeoque liberum, decessisse, cujus dispositionis hodie nullam esse utilitatem ex Observ. *1443.* consequitur, capti enim, intuitu suæ civitatis, manent liberi, adeoque jura liberorum hominum etiam in captivitate habent, eademque demum per mortem amittunt.

OBSERV. MCCCCXLVI.

Juris postliminii) Secundo desinit captivitas, si captus propriâ solertiâ redeat, vel ille, aut res captæ, vi bellicâ vel alio modo recuperentur, quo casu *postliminium* obtinet. Circa hoc ab initio, duos generales respectus distinguere oportet, vel enim idem spectatur ratione *civitatum inter se,* vel *subditorum illius civitatis, ex quâ quid captum est,* diverso respectu

diversa est ejus conditio. Nam juxta priorem respectum, uti simpliciter omnes res hosti acquiruntur, quæ vi bellica cepit, ita vice versa, omnes res & personæ recuperatæ, simpliciter habent postliminium, i. e. hosti recuperanti hactenus sunt iterum acquisitæ, ut eædem ad hostem, olim capientem, non amplius pertineant. Sed juxta posteriorem respectum, ipsius occupationis est habenda ratio, hinc attendendum, an legitimo bello quid captum, ac in præsidia deductum sit, aut saltem per noctem apud hostem fuerit, nec ne? deinde, iis positis, non omnes res habent postliminium, i. e. non omnes antiquis dominis restituuntur; Quæ maligne & ineptissime ad priorem respectum transtuleris.

2. Interim Scriptores duos istos respectus solerter confundunt, hinc sæpe in rebus planissimis explicandis sese fatigant, aut adversarios fingunt, ubi nulli sunt. Illustrat, nisi fallor, hoc controversia, quam Observ. *1438. n. 2.* exhibuimus. Aliud exemplum ex *CUNÆI* Responso *in causa Postliminii* depromere licet. Disputatur ibi de postliminio, intuitu gentium liberarum, an scilicet præda, quam Genuenses Turcis eripuerant, ac in portum communis amici, Reipublicæ scilicet Venetæ, detulerant, eo ipso ad Turcas postliminio rediisse censeri queat? hoc uti recte negatur, ita dissentientes opponunt, Genuenses prædam nondum in sua præsidia perduxisse, adeoque eam nondum acquisivisse, atque vel ex hoc capite Turcis restituendam esse juxta *l. 5. §. 1. ff. t.*, hanc objectionem non aliter diluere potuit *CUNÆUS d.* Respons. *p. 395.* quam contendendo, *d. l.* esse accipiendam de *personis liberis.* non etiam de *rebus captis*, has enim sola occupatione ac-

acquiri, nec opus esse, ut in præsidia perducantur. Enim verò tota illa sollicitudo eo, quo controvertitur, respectu, est otiosa, nam uti juris Romani inter liberas gentes nulla est autoritas, ita *d. l. 5. §. 1.* ad controversiam hanc plane non pertinet, cum agat de postliminio intuitu subditorum, ceu totus contextus ostendit. Inter liberas gentes autem si controvertatur, tum non tantum res captæ, sed & personæ liberæ statim hosti occupanti acquiruntur, hoc enim ex natura vis bellicæ ultrò liquet, quis enim hosti capienti modum & tempus acquisitionis præscriberet? Igitur *CUNÆO* quidem nihil aliud respondendum erat, quam inter ipsos hostes, præter occupationem bellicam, ad acquisitionem dominii, frustra perductionem in præsidia, vel simile quid requiri, ac alterum, quamdiu vis capientis adhuc urgeat, gratis sibi imaginari, quod dominium rerum ereptarum sibi vel superfit, vel ad se redierit.

3. Idem *CUNÆUS d. l. p. 401.* censet, non ignobiles interpretes ac in specie *GROTIUM de J. B P. l. 3. c. 6. n. 3. c. 9. n. 16.* existimare, quod etiam, quoad res captas, requiratur deductio in præsidia, eamque sententiam esse communem, sed mirum in modum erroneam, nec usu populorum servari, verum Constitutionibus potius Gallorum, Hispanorum ac Belgarum improbari. Sed valde probabile est, quod omnes hi Autores *CUNÆO* non contrarientur, sed agant de postliminio intuitu subditorum, eoque respectu deductionem in præsidia requirant, quo respectu etiam valde probabilis est illa sententia, tum per *d. l. 5. §. 1. h. t.* (quæ hactenus quoad subditos recte allegatur) tum quod, rebus in præsidia nondum dedu-

ctis, de recuperatione aliorum, ac jure postliminii vix possit esse quæstio, hinc ipse etiam *CUNÆUS* testatur, Constitutiones nonnullas requirere, ut res per 24. horas à victore possessa fuerit, quod cum deductione in præsidia coincidere videtur, hinc *AUTOR* etiam *lit. fr.* illam sententiam probavit *add.* Observ. 1440.

OBSERV. MCCCCXLVII.

Quod est jus) *AUTOR* intuitu subditorum, jus postliminii expendit, quo respectu est *lex aliqua civilis, quæ quoad subditos, ex captivitate redeuntes, vel res recuperatas aliquid disponit,* quando igitur *AUTOR* statim addit, quod *origo ejus sit ex jure Gentium, informatio ex civili,* tum hoc ita est intelligendum, quædam esse constituta jure civili nonnullarum gentium, quædam verò jure civili Romanis proprio.

OBSERV. MCCCCXLVIII.

Locum habet in personis) Quoad personas igitur hoc disposuit lex civilis, ut ex captivitate reversi in plerisque pro hominibus liberis habeantur, quo fine, fictione, quasi capti nunquam in captivitate, sed semper in civitate fuerint, uti ei visum est, sed illam dispositionem, vel cum, vel sine fictione spectatam, hodie cessare, ac ea omnia, quæ quoad personas hic retulit *AUTOR*, nullius esse usus, ex Observ. 1443. apparet.

OBSERV. MCCCCXLIX.

Rebus l. 19. pr. immobilibus) Quoad res autem, civilis illa dispositio ostendit, in quantum illæ prioribus dominis sint restituendæ, & plerarumque quidem, vel hodie omnium rerum mobilium, postliminium negatur, quod eam ob causam olim sancitum videtur, quo subditi in rebus defendendis essent eò fortiores, aut

aut ad amissas recuperandas alacriores, omnia tamen requisita quæ Observ. 1435. 1440. 1441. adduximus, circa usum juris postliminii, supponenda sunt. Hodie illa dispositio adhuc obtinet, imò, in nonnullis civitatibus, extenditur ad res, â piratis ablatas & recuperatas, quod exemplo Algeriensium ostendit GROTIUS *de J.B.P. l.3.c.9. §.fin. add.* DECIS. SAXON. 90.

OBSERV. MCCCCL.

Quod etiam factum si ad amici præsidia pervenerint) Dummodo ê potestate capientium sint liberatæ, nam si victor prædam captam in portum amici detulerit, tum frustra vel populus, vel in eo, dominus, antiquus, cui illa erepta, eam ad se rediisse existimabit, de quo professâ operâ satagit CUNÆUS *d. l.* nam cum vis victoris adhuc urgeat, quo colore alter, qui facultate recuperandi destituitur, rem ad se rediisse putabit? neque etiam dominus portûs, salvis amicitiæ legibus, eam victori eripere ac alteri reddere potest.

OBSERV. MCCCCLI.

Diss. Grot. 3. c. 9. n. 2.) Distinguit hic, utrum persona vel res capta pervenerit ad *socios nostros*, an saltem ad *communes amicos*, illo casu postliminium esse dicit, hoc negat. Licet vero CUNÆUS quoque *d. Resp. p. 370.* eum pro dissentiente habeat, ejusque sententiam improbet, attamen, si recte percipiatur, neque dissentit, neque improbari debet, sed ejus doctrina cum casibus, quos CUNÆUS & AUTOR respiciunt, facile conciliari potest. Nimirum tres distingui debent casus, vel enim (1.) *persona aut res capta potestatem hostium evasit, ac in locum tertii pervenit*, hoc casu (quem CUNÆUS supponit) nihil in-

intereſt, ſive tertius ille ſit ſocius noſter, an ſaltem communis amicus, nam utroque reſpectu obtinet poſtliminium, ſufficit enim, quod hoſtis capientis vis ſit cluſa, neque hic diſſentit GROTIUS; vel (2.) *hoſtis capiens perſonam aut rem captam in portum communis amici detulit*, hic ceſſat poſtliminium, quod diſerte docet GROTIUS *d. §. 2. n. 2.* & ex profeſſo adſtruit CUNÆUS, nam hoſtis prædam adhuc in ſua habet poteſtate, vel (3.) *tempeſtate forte compulſus eam detulit in locum ejus, qui alterius partis ſocius erat*, hoc caſu, ex ſolo reditu obtinet poſtliminium, nam perinde eſt, ſive in noſtram, ſive ſociorum noſtrorum poteſtatem, res olim capta reverſa ſit, jam enim in eo ſtatu eſt, ut hoſti iterum queat eripi, ſic ſi Galli Belgis quid eripiant, ſed tempeſtate compulſi, Anglorum, Belgis ſociorum, portum aliquem appellere cogantur, tum ſine dubio ad Belgas res erepta rediit. Atque hunc caſum tractat Grotius *d. §. 2.* & ANTONIUS GAMMA in *deciſ. Luſitan. 384.* CUNÆO citatus, qua in re tantum abeſt, ut diſſentiant, ut potius idem, quod CUNÆUS, intendant, occurrunt enim iis, qui indiſtincte ex delatione rei captæ in locum tertii, poſtliminium aſſerunt, eamque ſententiam non aliter veram eſſe contendunt, quam ſi tertius ille alteri ſit ſocius. Poſſes adeò in ſumma ſic dicere: *Poſtliminium eſt, ſi perſona aut res capta in locum tertii perveniat, modo vel à poteſtate hoſtium ſit liberata, vel tertius ille alterius, cujus res olim capta erat, ſocius ſit.*

OBSERV. MCCCCLII.

Durante captivitate jura captivi pendent) Hoc hodie nullius uſus eſſe, jam diximus Obſerv. *1448.* nam capti ſunt liberi, hinc in captivitate jura & obligatio-

nes

nes sustinent, ac ea cessante, sine ullo juris Postliminii adminiculo, continuant, non secus ac juris est in absentibus.

OBSERV. MCCCCLIII.

Non etiam quæ sunt facti, ut possessio, quæ de novo debet prehendi) In specie hoc juris postliminii caput hodie etiam cessat. Per captivitatem ab infidelibus factam, possessio & præscriptio hodie non interrumpitur, nam & hæc interruptio, erat servitutis bellicæ consectarium, illa igitur negata, & hoc cessat. Capti igitur manent per suos in possessione, præscriptionem, si aliud non obstet, durante captivitate continuant, eandemque, illa cessante, absolvunt, qua in re consentit *Dn. STRYK in not. h.*

OBSERV. MCCCCLIV.

Sic nec maritus uxorem absque novo consensu recipit) Fluxit hoc ex libertate divertendi, quæ quodammodo restricta est *Nov. 22. c. 7.* Hodie, ubi libertas illa deficit, dubio procul illud amplius non obtinet, licet servitutem bellicam adhuc supponas, hæc verò cum etiam cesset, ideo duplici ex causa, illius doctrinæ nullus est usus.

OBSERV. MCCCCLV.

Nec stipendia medii temporis petuntur) Hoc hodie quoque usum habere potest, nec enim à servitute, sed absentia ac omissa operarum bellicarum præstatione dependet. Interim generosius fuerit, si iis, qui fortiter pugnarunt, sed tandem vi majori cedere coacti fuerunt, stipendia medii temporis exsolvantur.

OBSERV. MCCCCLVI.

Redemti sunt) Redemti etiam pro reversis habebantur, adeoque jus postliminii ipsis succurrebat *l. 12. §. 7.*

§. 7. h. t. quo tamen, perinde ficut cæteri reverfi, hodie non indigent. Præterea ficut lex pofitiva, ad comparandum lytrum, res alienari prohibitas diftrahi permittit, ita inter redemitorem & redemtum, ratione pretii exfoluti, pactum intercedere folet, quo hic ad ejus refufionem obftringatur, quod adeò officium naturale eft, nonnunquam etiam expreffe vel tacite donat redemtor lytrum redemto.

OBSERV. MCCCCLVII.

Poteft eum retinere jure quafi pignoris) Redemtus, intuitu fuæ civitatis, quidem erat liber, aft redemtoris fervus quodammodo reputabatur, quamdiu pretium nondum reftituerat *l. 2. §. 15. 17. C. h. t.* ex quo jus detinendi redemtori competebat. Hodie uti de ftatu redemti non amplius laborandum eft, ita ex jure defenfionis naturali, facultas retinendi redemtum, redemtori, usque ad exfolutionem pretii, recte tribuitur. Cum etiam hodie, ceffante captivitate, redemtiones fint frequentiores, ideo inter belligerantes partes conventio eo nomine iniri, ac redemtionis pretium, pro qualitate perfonæ captæ, determinari folet, **es wird ein Cartel auffgerichtet.** Captivi autem plerumque propria pecunia redimuntur, quodfi tamen alius eam folvat, antea dicta locum habebunt, licet, fi miles redemtus ad exercitum redeat, ejus retentio ceffet.

TIT. IV.
DE RE MILITARI.

OBSERV. MCCCCLIIX.

Miles) Eft perfona moralis, cujus indolem & conftituendi modum, ex generalibus principiis, omnes

mnes Gentes intelligunt, ut jus Romanum, hac in parte in subsidium vocandum non sit. Posse etiam subditos ad bellum cogi, ex natura imperii civilis liquet, quamvis justa causa subesse debeat, sine qua coactio, injusta tyrannis est. Porro ad militem naturaliter requiritur usus rationis & aptitudo præstandi servitia militaria, cætera sunt ex jure civili *lit. S.* quorum tamen, nisi quatenus communi gentium affectu nituntur, non magnus hodiè erit usus, illud certum, quod ipsi Imperantes, dispositionibus illis Romanis non subsint.

OBSERV. MCCCCLIX.

Habent jus singulare) Milites possunt spectari ut *homines*, ut *cives* & ut *milites*. Ultima consideratio iterum varia est, licet enim milites considerare, quatenus illi apud alios *hospitantur*, vel in specie *in hybernis sunt*, aut in *præsidiis existunt*, vel *in bellum eunt*, aut *in exceptione deprehenduntur*. Ex quo liquet, quod *jura*, *officia* & *delicta* militum, sint vel *communia*, quæ in alios etiam homines & subditos cadunt, vel *propria* seu *militaria*, quæ ad milites qua tales pertinent. Uti autem jura illa & obligationes partim ex lege naturali, partim civili sunt, ita in Germania, ex Ordinationibus militaribus, præcipuè repeti debent, juris Romani hac in re exiguus est usus, si tamen eodem aliquid cautum sit, quod ad milites nostros quadret *lit. E.* illud, si de abrogatione non constet, admittendum erit.

TIT. V.
DE CASTRENSI PECULIO.

OBSERV. MCCCCLX.

VId. supr. ad tit. de Peculio) Nec non ad Obſerv. 432. in qua oſtendimus, quod peculia legi civili ſint adſcribenda, adeoque eo intuitu juris Romani uſus ſit agnoſcendus, ex qua tractatione huc aliqua transferre non opus.

TIT. VI.
DE VETERANIS.

OBSERV. MCCCCLXI.

Miſſio eſt) Cauſaria & ignominioſa miſſio aliis Gentibus quoque ſunt uſitatæ, ſed honeſta, ac inde orti Veterani, eorumque jura, Romanis ferè ſunt propria. Scilicet eo ſolent homines eſſe ingenio, ut res ſibi inutiles libenter â ſe repellant, aut delicta facilè puniant, ſed ad præmia bene meritis diſtribuenda non perinde ſunt proclives. Interim id minimè laudari debet, quod hodie Gentes bellicoſæ, militum gregariorum, vel emeritorum vel mutilatorum, nullam habeant rationem, ſed iis cum miſera egeſtate utplurimum luctandum ſit. In univerſum, ut hoc obiter adjiciam, Imperantium, circa rem militarem, triplex conſtitui poteſt officium, *antecedens*, dum neminem ſine juſta cauſa, ad bellum cogere debent, *concomitans*, quo ſtipendia militibus exſolvere, militum curam gerere, eorumque actiones, ne paganos vexent, aut gregarii â præfectis ſuis inique habeantur, moderari tenentur, & *conſequens*, quod ad milites ſenio, morbis

bis aut vulneribus confectos, ac ad servitia militaria inhabiles factos, pertinere debebat, de quo modo diximus.

LIB. L. TIT. I.
AD MUNICIPALEM ET DE INCOLIS.
OBSERV. MCCCCLXII.

IN unaquaque Republica subditi, generali subjectionis vinculo, civitati ac Imperanti obstringuntur, cujus virtute bona, corpus ac vitam saluti publicæ impendere debent. Quo autem magna subditorum multitudo eo rectius gubernari eorumque actiones ad utilitatem communem dirigi queant, per diversos cœtus illi distribui solent, inde pagi, vici & municipia oriuntur, quæ per diversos gradus, seu regimina subalterna, Imperanti subjiciuntur. Ex isto rerumpublicarum habitu, multiplex subditorum conditio, status ac existimatio oritur, quæ omnia, cum ad subditos pertineant, persequi debet Jurisprudentia privata. Cum autem unaquæque civitas propriis institutis, hac in parte, uti soleat, hinc facilè liquet, ista subditorum discrimina, ex legibus patriis, non peregrinis esse repetenda. Nullibi igitur pejus quam hoc in loco, vicem Jurisprudentiæ Germanicæ, subire potest Jus Romanum, nam generalia, in quibus ferè omnes civitates conveniunt, v. gr. quod municipia peculiaribus gaudeant juribus, quod in iis occurrat senatus & cives *&c.* inde repetere nil attinet, cum ista ex generalibus principiis intelligantur, specialia vero subditorum germanicorum jura, ex legibus illis petere non licet, hinc fit, ut Tirones juris, obsoletæ quidem materiæ servilis co-

gnitione, in Academiis, imbuantur, jura vero subditorum germanicorum, cum Doctoribus suis, ignorent. *add.* Specim. Jur. Public. *l. 3. c. 10. §. 27. seqq.*

2. Defectum illum intelligo, sed eum emendare mihi jam nec licet nec libet, pauca tamen de *Landsassiis*, qui in territoriis germanicis occurrunt, & de quibus alias *dissertatio W. LYSERI Wittembergæ 1664. habita*, exstat, adjiciam: *Landsassiatus* est *subjectio, ex habitatione, vel rebus sitis orta*; intelligimus subjectionem fundamentalem, imperio civili seu Superioritati Territoriali respondentem. Possunt distingui Landsassii (1.) â *causa constituti Landsassiatus*, in *Landsassios incolas*, qui ex habitatione, & *forenses*, qui ex rebus sitis subditi fiunt *vid. LYSER d. dis. §. 28.* (2.) â *diversitate vinculi*, in *Landsassios simplices*, qui solo subjectionis vinculo, & *Vasallos*, qui insuper nexu feudali, domino Territoriali obstringuntur *d. disput. §. 26.* quidam hanc divisionem solis Nobilibus applicant *vid. MAURIT. dissert.* de Nobilitate *hab. Tubing. 1660. §. 39.* (3) â *diversitate jurisdictionis & hinc ortæ subjectionis mediatæ vel forensis.* in *Schrifft* seù *Canzleysassios*, qui coram Principe ac in Curiis supremis, & *Amtsassios*, qui coram Præfectis conveniuntur. His verò hodie comparandi sunt, qui coram *Nobilibus*, *Magistratu Oppidano* vel etiam *Academico* conveniri possunt, alias divisio statum Territoriorum præsentem, hac in parte, non exhaurit *add. LYSER de disput. §. 39.* Quinam vero sint vel Schrifft-vel Amtsassii, aut simili Magistratui inferiori subjiciantur, id ex statu singulorum Territoriorum amplius discendum est.

Or-

OBSERV. MCCCCLXIII.

Municipes hic sunt) Hæc municipium definitio valde generalis est, notatque solum eorum à Paganis discrimen, hinc non Romana, sed omnibus Gentibus communis censeri debet. Quæ vero in Territoriis germanicis municipum sint jura, quibus vel ab Incolis distinguantur, vel intuitu Nobilium ac Paganorum, gaudeant, illud neque ex jure Romano haberi, neque una definitione comprehendi potest, hinc leges provinciales ac statuta municipalia hic consuli debent. Jure Saxonico singula municipia privilegium habent, ne infra milliare circumcirca, habeatur vinum vel cerevisia extranea venalis, & ne fiant brasia aut decoctiones hujusmodi, neque habitare permittantur artifices vel mechanici in villis adjacentibus, quæ tamen justa milliaris germanici sit mensura, illud non adeo liquidum *vid. ZIEGLER de jurib. Majest. l. 1. c. 43. n. 9. seqq.*

OBSERV. MCCCCLXIV.

Nascuntur) Sed hodie municipem neque verâ neque fictâ nativitate fieri, plane arbitror. Domicilium quidem, aut, si mavis, forum, ex nativitate oritur, ac tamdiu durat, quamdiu aliud non est constitutum *vid.* Observ. *151.* sed jus civitatis nativitate non acquiritur, quamvis civium filii, in acquirendo illo jure, nonnullis prærogativis gaudere queant, de quo statuta municipalia consulenda.

OBSERV. MCCCCLXV.

Fiunt per assumtionem) Hoc juris gentium est, & ubique obtinet, *qui* vero assumi possint, aut *quo modo* id fieri debeat, id ex legibus germaniæ fundamentalibus nec non provincialibus ac statutariis, in Germa-

nia erit æſtimandum, leges Romanæ hic nullius ſunt uſus.

OBSERV. MCCCCLXVI.

Von Pfalbürgern) De Pfalburgeris, Usburgeris & Glevenburgeris exſtat *Tractatus JACOBI WENCKERI, Argentor. 1698. in 4to publicatus.* Breviter natura & differentia eorum ſic exprimi poteſt: Usburgerus ein Ausbürger vel Auswärtiger Bürger, generaliter acceptus, notat *civem forenſem*, & hactenus Pfal & Glevenburgerum ſub ſe comprehendit, ſi verò ad allectionis *modum* & *finem* reſpicias, Usburgerus ſpecialiter, eſt *extraneus pleno jure & citra alterius præjudicium, jus civitatis alicubi conſecutus*: Pfalburgerus verò, *qui illud plene quidem, ſed cum alterius præjudicio acquiſivit*: Glevenburgerus denique, *qui eodem minus plene, ac intuitu ſervitii militaris præſtandi, donatus* eſt, â *diverſo* interim *allectionis modo*, nunc Us-nunc Pfalburgerus quoque dicendus.

OBSERV. MCCCCLXVII.

Si cui donata ſit civitas, tum utitur privilegiis ejus absque oneribus.) Sed hæc aſſertio nullo nititur fundamento, gratis quidem donatarius jus illud conſequitur, ſed ut eodem ſine onere fruatur, id verò nulla ratione idonea aſſeri poteſt, nec REBUFFUS *n, 126.* (nam *n. 122* huc non pertinet) id adſtruit, ſed ſolum contendit, quod, ſi ſtatutum vel conſuetudo ſtudioſum pro cive haberi velit, id ſaltem de commodis, non etiam oneribus, ſit intelligendum, quamvis ille, ſuo more, quo magnum privilegiorum numerum conficiat, etiam hic nugetur nec idoneas afferat rationes.

OBSERV. MCCCCLXVIII.

Extinguitur jus civitatis.) Hoc quoque naturale eſt, ut

ut per consensum, jus civitatis tollatur, quemadmodum jus detrahendi, ex imperio civili fluit, in quo exercendo nonnunquam Gentes erga se invicem nimis inhumanæ sunt. Interim *AUTOR jus civitatis* cum *subjectione* confundit, nam *Pacif relig.* seu *R. J. de anno 1555. §. 24.* non agit de *resignatione juris municipalis*, sed de *migratione extra territorium*, nec generalis est, sed pertinet saltem ad emigrationem, religionis causa factam *add.* Instr. Pac. Westph. *art. 5. §. 34. seqq.*

OBSERV. MCCCCLXIX.

Incola) A *cive* differt *incola*, qui saltem habet domicilium, circa quod confer Observ. *149. 150.* ut & *forensis*, qui bona alicubi habet immobilia, ibique degit, citra intentionem, domicilium vel civitatis jus acquirendi, quale possessionis genus multa statuta non admittunt, nec non *Peregrinus*, qui saltem in aliquo municipio, & plerumque quidem ad breve tempus, degit.

OBSERV. MCCCCLXX.

Ad civilia munera compellitur obst. l. 3. C. de incol.) In *d. l. 3.* non dicitur: *incolas non teneri*, sed *eos qui in territorio alicujus civitatis commorantur* (i. e peregrinos) *velut incolas* (ad exemplum incolarum) *ad subeunda munera non adstringi.* Comparat igitur peregrinos & incolas, ac tantum abest, ut hos ad munera teneri neget, ut potius perspicue satis asserat.

TIT. II. III.

DE DECURIONIBUS ET FILIIS EORUM.

DE ALBO SCRIBENDO.

OBSERV. MCCCCLXXI.

DEcuriones sunt) In coloniarum deductionibus, decimus quisque, consilii publici gratia, à Triumviris electus, Decurio vocatur *vid. d. l. 239. §. 5. de V. S. POLLET. Histor. for. Rom. l. 3. c. 8.* Hodie senatores nostrorum municipiorum, ex propriis statutis cognoscendi sunt, juri Romani exiguus hac in parte erit usus, si tamen aliquid positivi circa Decuriones Romanos occurrat, quod ad nostros senatores etiam quadret, in subsidium applicari poterit.

TIT. IV.

DE MUNERIBUS ET HONORIBUS.

OBSERV. MCCCCLXXII.

MUnus his est) Nimis generalis & superficiaria est hæc definitio, malim dicere, *munus* esse *actionem, ad utilitatem Reipublicæ, à subdito suscipiendam, cum jure percipiendi commodum, aliquando conjunctam* id quod, sicut etiam muneris varietas, quam *AUTOR* hic tradit, ex communibus principiis intelligitur. Solet tamen unaquæque Respublica peculiaria etiam habere munera, quæ alibi non facilè reperias, id quod etiam Reipublicæ Romanæ accidit. In specie de *Elemporia* ex *l. 18. §. 19. h.* testatur *TABOR tr.* de me-

metat *c. 2. §. 15. Catellianum Cottam retulisse, quod aliquando Sciolo cuidam proposuerit textum illum, ad quem ille, tanquam ad Medusæ caput, obriguerit*; quod sane egregium, persuadendi studium juris Romani, est argumentum!

Observ. MCCCCLXXIII.

Imponunt munera) Necessitas subeundi munera, ex imperio civili fluit, id quod adeò omnibus Gentibus commune, non Romanum est. In quantum porro Magistratus inferiores, jus imponendi munera, participare debeant, tum quibus munera imponenda sint, id omne ex voluntate Reipublicæ & Imperantis dependet. Quodsi aliud non constituerit, leges Romanæ observari poterunt, sed invito frustra opponentur.

Tit. V.VI.
DE VACATIONE ET EXCUSATIONE MUNERUM.
DE JURE IMMUNITATIS.

Observ. MCCCCLXXIV.

Vacatio sive immunitas) Est libertas â necessitate subeundi munera. De cætero tota hæc tractatio iterum ex imperio civili fluit, adeoque omnibus Gentibus communis est. Nam qui habet jus imponendi munera, ille etiam obligationem istam aliquando remittere potest, quam voluntatem uti varia ratione declarat, ita non aliter quam ob justas causas, immunitatem concedere debet, in iis verò determinandis, si aliud constitutum non sit, sequi possumus definitionem juris Romani.

OBSERV. MCCCCLXXV.

Præscriptionem) Immunitas ab oneribus, hactenus per præscriptionem acquiri potest, quatenus Imperans, contrarium non declarando, se hac in parte, juri Romano ultrò subjecit; nam alias invito Imperanti, frustra subditi jus civile objicerent. *R J. de anno 1548. §. 54.* autem agit de præscriptione inter Status imperii, adeoque subditis mediatis non patrocinatur.

OBSERV. MCCCCLXXVI.

Obst. l 3. C. qui ætat.) Mendum ibi subesse, & pro *quinquaginta* legendum videtur *septuaginta*, hoc enim & sequentia, quæ de *septuagenario majore* loquuntur, postulant, & *l. un. C. qui ætat. se excus. l. 3. de jur. immun. l. 2. §. 1. de vacat. mun.* evincunt. judice *BROIDÆO in not. ad Pollet. histor. for. Rom l. 3. c 10. n. 7.*

OBSERV. MCCCCLXXVII.

Nec â patrimonialibus, licet adsint sedecim) Dissentiunt *Dn. STRYK in not. & BERGER in resol. h. qu. 2.* Videtur tamen *AUTORIS* sententia probabilis, cum textus allegati, indefinite numerum liberorum excludant, adeoque meritò generaliter intelligantur. Non obstat *l. 24. C. de decur.* accipienda enim est de muneribus personalibus, nec *l. 5. §. 2. de jur. immun.* nam vel itidem ad personalia pertinet, vel continet exceptionem, ubi Princeps specialiter imploratus, liberorum consideratione, immunitatem concesserat, nam uti hoc Principem facere posse dubitandum non est, ita regulam talis concessi specialis non turbat.

OBSERV. MCCCCLXXVIII.

Nec data pertinet ad casum extremæ necessitatis) Talis autem omnino esse videtur, si universitas, omissa, for-

forma collectandi, certam pecuniæ summam solvat, quo universos & singulos, â populatione & ruinâ totali, per milites intentatâ, liberet, hinc eum, qui largissimè immunitatem ab omnibus, etiam extraordinariis, collectis consecutus erat, ad ratam vel conferendam (si formam collectandi consuetam servare placeat) vel reddendam (si ea insuper habitâ, pecunia jam sit exsoluta) teneri omnino arbitror, nam absurdum est captare generalitatem privilegii, cum casus necessitatis, ex communi mortalium affectu semper exceptus credatur, nisi disertè aliud actum, præterea in casu allato, non tam Imperans, quam hostis pecuniam exigit, huic autem frusta immunitatis privilegium opposueris. Hæc si observes, non opus erit, ad tricas juris Romani descendere, ac, num ex ejus hypothesibus actio negotiorum gestorum contraria, contra privilegiatum intentari queat, anxie inquirere, quæ disputandi ratio hic nonnullis placet.

OBSERV. MCCCCLXXIX.

Aliàs eidem tacite renunciatum videtur) Pro ratione actus contrarii admissi, privilegium utique cessat, sic qui tutelam suscepit, aut aliquid solvit, frustra deinceps, declinando huic oneri, immunitatem allegabit, sed an imposterum immunitas quoq; cesset, adeo ut qui v. gr. semel solvit, semper deinceps solvere debeat; quæritur? Videtur sane *AUTOR* eo inclinare dum renunciationem tacitam urget *vid. l. 1. 2. C. de his qui sponte publ. mun. sub.* sed hæc explicatio nimis larga est, hinc alii putant admissione actûs contrarii, conditioni præscribendi saltem locum fieri, adeoque lapsum temporis continuum, tollendo privilegio requiri *vid. Dn. LYNCKER Res Decis. Jenens. p. 1. Dec. 24.* Tutissi-

tiſſimum fuerit proteſtari, ſi actum privilegio contrarium admittas.

Observ. MCCCCLXXX.

Et quidem per appellationem) Sed id hodie non obſervari puto, privilegiatus potius coram Magiſtratu ordinario immunitatem allegabit ab eoque defenſionem ſui juris petet. Si ſententiam parum gratam accipiat, tum demum appellatio, ad ſuperiorem gravamina devolvet.

Tit. VII.
DE LEGATIONIBUS.

Observ. MCCCCLXXXI.

Legatio eſt munus) Legatio dupliciter accipitur, vel (1.) pro miſſione, quæ inter liberas gentes ac Imperantes obtinet, cui ſoli etiam, juxta ſtilum hodiernum, nomen Legationis tribuitur, vel (2.) pro miſſione ſubditorum ad Imperantem, nam hæc etiam, ſtilo Romani juris, Legationis nomen gerit, ſed hodie *Deputatio* dici ſolet. De cætero duas illas Miſſionis ſpecies, in plerisque capitibus plane differre, certum eſt, hinc etiam promiſcue de iis non eſt agendum, quod tamen *AUTOR* etiam hic molitur, nam exinde nil niſi confuſa notitia oriri poteſt. Quod adeo *Legationem in ſpecie* attinet, regitur illa communi jure naturali, ut & pactis & conſuetudinibus gentium, ut nihil ex jure Romano hic repeti debeat, qua de re aliqua propoſui *in* Specim. Jur. Publ. *l. 3. c. 4. §. 7. ſeqq.* plenius verò eam executus eſt *KULPIS de Legat. ſtat. imper.* commemoratis pluribus Autoribus propriis. Quod verò *deputationes* concernit, earum obeundarum neceſſitas ex imperio civili fluit, Deputatorum officium

jure

jure naturali dirigitur, Habilitatem verò eorum, lex positiva nonnunquam certius determinat, iisque etiam privilegia, contra alios subditos valitura largitur, qua in re juris Romani usus erit subsidiarius.

TIT. VIII.

DE ADMINISTRATIONE RERUM AD CIVITATEM PERTINENTIUM.

OBSERV. MCCCCLXXXII.

HÆc administratio) Quod municipes rerum vel publicarum vel universitatis administrationem suscipere debeant, illud est ex *subjectione*. Ipsi autem administrationi, *mutuo consensu* præficiuntur, ad eamque recte peragendam *promissione* plerumque *jurata* adstringuntur, quæ omnia juris gentium, non Romani sunt.

OBSERV. MCCCCLXXXIII.

Tenentur administratores) Non minus naturale est, ut administratores probe administrent, rationes peractæ administrationis reddant, residuum inferant, & dolum ac culpam præstent, nec valde laborandum erit de gradu culpæ præstandæ, quod hic *AUTOR* inculcat *vid.* Observ. *398. 399.* Denique ut plures, pro ratione admissi sui, teneantur, id etiam communis ratio præcibit, cui adeo, ut alibi, ita hic etiam, beneficia divisionis & excussionis, non sunt incognita.

OBSERV. MCCCCLXXXIV.

Ratione doli tenentur in duplum) Hæc pœna, ut & definitio temporis, intra quod rationes subscriptæ & expunctæ retractari queant, ex jure Romano sunt, quorum tamen si autoritas non plane cessat, usus certe videtur esse rarissimus.

OB-

OBSERV. MCCCCLXXXV.

Nisi proprio nomine contraxerint) Vel dolosè versati sint, aut fines sui muneris excesserint, hinc ex mutuâ pecuniâ, nomine civitatis acceptâ, si versio non accesserit, soli administratores, tam constante quam finito officio, tenentur *add.* Observ. *308.* quæ omnia iterum naturalia esse, facilè liquet.

TIT. IX.
DE DECRETIS AB ORDINE FACIENDIS.

OBSERV. MCCCCLXXXVI.

HÆc sunt ordinationes) In quantum municipia jus condendi statuta habere debeant, id ex voluntate Imperantis dependet, quæ adeò in unaquaque Republica spectari debet. Modum etiam illa conficiendi, Ille determinat. Interim, quamdiu aliud non declaravit, jus Romanum sequi licebit.

TIT. X.
DE OPERIBUS PUBLICIS.

OBSERV. MCCCCLXXXVII.

CIrca operarum publicarum) Circa hanc eadem obtinent, quæ in genere, circa rerum publicarum administrationem, Observ. *1482. 1483.* diximus. Quodsi autem quis, sine Imperantis expressâ vel tacitâ concessione, curam operum publicorum sibi vindicet, illum in jura Majestatis involare adeoque crimine læsæ Majestatis se polluere, ex indole imperii civilis, ultro intelligitur, ut hæc iterum à Romanis petenda non sint.

OBSERV. MCCCCLXXXVIII.

Tenentur ad illius refectionem intra quindecim annos)

nos) Hoc Romanum est, sed ut puto, nullius usus nam uti invito Imperanti, leges positivas obvertere non licet, ita experientia testatur, quod rerum publicarum administratores, post longioris temporis decursum, rationes posci soleant.

OBSERV. MCCCCLXXXIX.

Privatæ domus propter opus publicum destrui possunt) Hoc fluit ex dominio eminente, quod cuivis imperio civili inest? Præsupponit autem verum necessitatis vel utilitatis publicæ casum, præterea dominis damnum est resarciendum, nisi in illud consenserint. Sed raro intra illos limites, eminens illud dominium exercetur.

TIT. XI.

DE NUNDINIS.

OBSERV. MCCCCXC.

Nundinæ sunt conventus) Alii per *nundinas* intelligunt dies statutos, sicut per *mercatum*, locum rebus venalibus destinatum *vid. ZIEGL. de Jur. Majest. l. 1. c. 43. n. 1.* Sed illi quidem externa sectantur. Rectius *AUTOR* vim rei expressit, dum eas dixit *conventus*, hi enim & id, quod præcipuum est, exhibent, & tempus ac locum simul innuunt. De cætero facile liquet, quod & natura & varietas nundinarum, ex jure Romano præcisè non sit repetenda, sed illud omne partim ex communibus principiis, partim ex institutis cujusvis civitatis, propriis dependeat *add. SCHWED. Introd. ad. jus publ. part. spec. sect. 1. c. 17. §. 11. seqq.* A jure nundinarum differt; 1.) *Jus stapulæ*, quod necessitatem imponit hominibus certi districtus, quo merces (de quibus privilegium loquitur, ac ideo Staffelbahre Güter dici solent) in locum privilegiatum conve-

vehant ac ibi venum exponant. (2.) *Jus Emporii*, quod plus involvit, ut nempe merces in locum privilegiatum convectæ, solis incolis vendantur *vid. SCHWED. d. l. §. 19.* Ex quibus liquet, hæc duo posteriora jura, non nisi in una Republica, ac inter veros subditos, locum habere. Hinc hodie, postquam Status Imperii cum suis Territoriis, peculiares ferè constituunt Respublicas, nec à Cæsare illa amplius concedi possunt, & olim concessa, nunc ferè sine effectu sunt, certe si Status erga alium statum, rigide jus stapulæ & Emporii exercere velit, dissidiis & repressaliis facile occasionem præbebit (3.) *Jus Germanii*, quod saltem pertinet ad defensionem vectigalis, hinc ob illud liber transitus mercium, impediri nequit. Exstruuntur eo fine Gerania, Kranich, i. e. machinæ versatiles, levandis & extrahendis mercibus idoneæ, quamvis aliquando illæ saltem ad promovenda commercia maritima, citra jus vectigalis, habeantur. De cætero hæc ideo referre placuit, quia vulgo jura illa ad Jus Publicum male trahuntur *vid. SCHWED. de Sect. 1. c. 20. §. 9. seqq. VITRIAR. J. J. P. l. 3. c. 12. §. 38. seqq.*

OBSERV. MCCCCXCI.

Solennes seu universales imperatoria autoritate instituuntur) Pertinet hæc quæstio ad Jus publicum. De cætero uti assertio illa, certa est, quoad tempora antiqua, quibus omne imperium penes Cæsarem erat, ita hodie autoritas illa accedere potest, majoris solennitatis causâ, sed non præcisè debet, nam Status imperii nundinas provinciales amplissimis privilegiis donare possunt, Nec ad hoc quidem autoritate Imperatoriâ opus erit, ut *ad nundinas se conferentes, eundi ac abeundi licentiam habeant liberam, per totum imperium,*

rium, ceu cenſet *Dn. STRYK in not. h.* nam & hoc omne dependere ab arbitrio Statuum, per quorum territoria negotiaturi tranſeunt, ex ſuperioritate Territoriali liquet, hinc etiam privilegia nundinarum in aliis territoriis locum non habere, ſed tranſeuntes arreſto poſſe conſtringi, licet Cæſarea privilegia aliud jubeant, ex Mollero & Carpzovio docet *ZIEGLER. d. c. 43. n. 7. add.* Specim. jur. public. *l. 3. c. 1. §. 33.*

OBSERV. MCCCCXCII.

His nundinis competit privilegium) Hoc dubio procul in ipſo Nundinarum loco obtinet, modo tempus nundinarum cœperit & nondum deſierit, wenn die Meſſe ein-und noch nicht ausgeläutet iſt. Sed, annon in Cancellaria Principis, tempore Nundinarum, arreſtum generale, contra debitorem, impetrari queat, dubia quæſtio cenſetur? circa quam *ZIEGLER d. c. 43. n. 6. 7. 8.* relatis utriusque ſententiæ momentis, deciſionem ſuſpendit. Videtur tamen negativa deciſio verior, Princeps enim privilegia, quæ ipſe dedit turbare non debet. Aliæ quæſtiones circa ſenſum, privilegii etiam occurrere ſolent, v. gr. an illud aliis, quam mercatoribus, vel de fuga ſuſpectis proſit? *vid. BRUNNEM.* ad *l. un. C. h. CARPZOV. d. C. 30. D. 25.* ſimilesque, circa quas uſus fori inprimis ſpectandus eſt.

OBSERV. MCCCCXCIII.

Non etiam ad hebdomadarias) Putat *CARPZOV. d. D. 23.* privilegium ſaltem pertinere ad nundinas à Cæſare confirmatas, ſed dubium non eſt, quin id ad alias etiam extendi queat, dummodo Dominus Territorialis hoc velit, de hujus adeò voluntate unicè erit quæſtio, ubi quidem experientia confirmat, quod ad hebdo-

hebdomadarias illud non pertineat, nec erit consultum, ad illas hoc extendere, cùm nimis illæ sint frequentes, adeoque negotiis forensibus privilegium oppido molestum sit futurum.

TIT. XII.

DE POLLICITATIONIBUS.

OBSERV. MCCCCXCIV.

POllicitatio) Juxta simplicitatem naturalem est *species Pacti*, sed Romani varia positiva ei affricarunt, quæ tamen hodie nullius sunt usus, sed merum jus naturale observatur. Videamus distinctius (1.) *pollicitatio est solius offerentis promissum.* Hoc absurdum est, & communem offendit rationem, ut mirum sit, insanam illam doctrinam ab aliquo credi posse, quomodo enim sine acceptatione obligatio oriri potest? subtilis acceptatio, quam universitas aut Deus faciunt, est etiam acceptatio, licet illa, perinde ut acceptatio Hominis vel personæ singularis, non adeò velut in oculos incurrat, ipsi Romani doctrinæ absurditatem in *l. 55. de O. & A.* agnoscunt (2.) *pollicitatio est nuda vel legitima*, hoc redolet hypothesin Romanam de invaliditate pactorum nudorum, adeoque sine dubio hodie cessat, & quævis pollicitatio seriò facta, est obligatoria, hinc quæ (3.) de *speciali legis approbatione lit. C.* nec non de *justa causa lit fr.* dicuntur, illa, velut hypotheseos illius consectaria, nunc etiam explodi debent.

OBSERV. MCCCCXCV.

Pollicitatio rem promissam non afficit) Officium promittentis est, ut fidem datam impleat, id quod hodie

die ſimpliciter obtinet, niſi in quantum reſtricta conſentiendi ratio, obligationem temperat. Quodſi promiſſor ad paupertatem redigatur, tum humanitas ei ſuccurri jubet, ſed determinatio præſtationis, de qua *lit. E. n. 1.* ut & altera *n. 2.* hodie locum non habet, ſatis enim manifeſtum eſt, quod utraque etiam ſit hypotheſeos antea memoratæ conſectarium, hinc nec apud Romanos illæ ſatis erant certæ, ſed reſcriptis ſpecialibus determinabantur.

TIT. XIII.

DE EXTRAORDINARIIS COGNITIONIBUS &c.

OBSERV. MCCCCXCVI.

EXtraordinariè olim cognoſcebat) Judiciorum Romanorum diverſitas ad Jurisprudentiam curioſam pertinet *vid. POLLET hiſtor. for. Rom. l. 2. c. 11. RÆVARD. Conjectan. l. 2. c. 10.* Ea tamen utilitas adhuc ſupereſſe cenſetur, quod ex iſto extraordinariorum judiciorum diſcrimine, cauſæ ſummariæ & ordinariæ intelligi aliquo modo hodie queant. Sed optandum foret, ut illam utilitatem nunquam experta eſſet Germania, ſed potius ortæ controverſiæ omnes, ex æquo & bono, juxta antiquos ritus adhuc hodie deciderentur *vid. CONRING. de judic. Germ. §. 52. 70. 98.*

OBSERV. MCCCCXCVII.

Judex malè judicando) Quodſi judex dolo vel culpa iniquam ferat ſententiam, tum læſus naturaliter contra eam ſe defendere poteſt, diſcrimen verò appellationis & querelæ nullitatis â lege civili eſt, de quo

dixi Obſerv. *1420. 1421.* Præterea judex damnum datum reſarcire cogitur, quod naturale eſt, ac, ex præſcripto legis poſitivæ, punitur, nec putem, pœnam Romanam, qua Judex litem ſuam facere dicitur, hodie in uſu eſſe, utut certum maneat, quod male judicans arbitrariè ſit coercendus.

TIT. XIV.

DE PROXENETICIS.

OBSERV. MCCCCXCVIII.

PRoxeneticum) Tota hæc doctrina iterum naturalis eſt. Poſſe enim homines, conciliandis aliorum negotiis licitis intervenire, aut etiam in civitatibus certas perſonas ad hoc conſtitui, ex indole hominum & ſocietatis civilis intelligitur, hinc Proxenetarum natura & varietas apparet. Porro ex generalibus principiis liquet, habiles tantum perſonas, ac in negotiis ſaltem licitis operam heic præſtare poſſe, qua in re determinatio poſitiva nonnunquam occurrit. Denique uti Proxeneta in conciliandis negotiis fidem adhibere, ita quod ei promiſſum eſt, præſtari debet, id quod omne ex præſcripto juris naturalis iterum dependet, de nominibus vero actionum, quæ eſt ſollicitudo fori Romani *l. 2. h. t.*, hodie parum laborandum, addeſis *Diſput. D. BODINI de* Philanthropo *hab. Halæ* *1699.*

TIT.

TIT. XV.
DE CENSIBUS.
OBSERV. MCCCCXCIX.

Census) Subditos tam perpetuos, quam temporarios obligari, ad sumtus publicos conferendos, ex indole societatis civilis apparet, cum porro homines singuli moriantur, civitas verò perpetuò subsistere debeat, hinc optimum fuerit, si bona subditorum describantur, seu in librum censualem referantur, quo ita contribuendi ratio certa sit, ac in posteros rite transmittatur. Census igitur, sive pro reditu, sive pro ejus descriptione acceptus, juris gentium est. Sunt autem varii velut fontes, ex quibus in usum publicum, sumtus necessarios derivare licet, quos Scriptores proprii, ac in specie *HERMAN LATHERUS in tract. de Censu*, (qui â collectione variâ commendari potest) persequuntur. Quis tamen *contribuendi modus*, in hac vel illa civitate obtineat, id ex statu cujusvis Reipublicæ vel territorii, ac legibus provincialibus discendum est, â legibus Romanis frustra auxilium hic petieris. De cætero officium Imperantis, circa exigendum censum summatim in eo consistit, ut illum modicè, in justa proportione, ac minimo cum subditorum incommodo, exigat, exactumque prudenter, ac ad utilitatem Reipublicæ, dispenset, ad quod officium rite explendum, insigni opus esse prudentia, circumspectione ac probitate, satis liquet. Eorum porro, qui ærario præficiuntur, munus esse, ut fideliter administrent, nihil in damnum Reipublicæ intervertant, nec potestate sua, in subditorum perniciem abutantur, aut sub specie recti iis aliquid extorqueant, iti-

itidem manifestissimum est. Quam enormiter autem officia illa negligi ac violari soleant, id commemorare, non est meum.

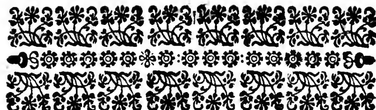
OBSERV. MD.

Nihil dixit *AUTOR* ad duos ultimos Titulos, *de Verborum significatione* & *Regulis Juris*, ideo forte, quod non brevem commentationem, sed integrum tractatum desiderare videantur. Est sane magna Titulorum illorum autoritas, & eos penitus imbibisse, ut omnia in digitos mittere possis, utilissimum vulgò censetur, quod tot commentarii, in illos confecti restantur. Sed ego id, ad ad superstitionem juridicam, quæ rudioribus temporibus orta, nec hodie plane cessat, refero, operamque & tempus, Titulis illis impendendum, melius collocari posse, salvo rectius sentientium judicio, arbitror.

FINIS.



IN-



INDEX
RERUM PRÆCIPUARUM.

Prior numerus *Observationem*, Posterior. *paginam*, notat.

A.

Consuetudo

Vario sensu accipitur XV. 10. consuetudinis irrationabilis exemplum CCCLXXX. 245. MCCXXX. 798.

Contractus innominati

Quid? hodie sunt consensuales DCXXI. 413. seqq. contractus æstimatorius ne quidem de jure civili asserendus DCXXV. 418. seqq. permutatio hodie est contractus consensualis DCXXXIV. 423. seqq. non differt ab articulo do ut des DCXL. 426. reliquorum contractuum innominatorum indoles juxta mores nostros DCXLVI. 430. seqq.

Contumacia

An ejus pœna ex jure Romano repetenda? XLII. 37. missio ob contumaciam CMLXXXIX. 659. MLVII. 700. contumacia excludit appellationem MCCCCXV. 896.

Culpa

Ejus natura & effectus intuitu contractuum exponitur CCCXCIV. 258. seqq. quoad obligationem emendandi læsionem enormem, culpa secuta non attenditur DXLV. DXLVI. DXLVII. 363. seqq. culpa inefficax non nocet DCIX. 406. culpam famulorum non præstat Dominus DCXIX. 411. an culpa lata tutorem infamet DCCCXX. 558. in incendio qualis culpa præstanda MCCCXLI. 854. seqq.

D.

Damnum

Ejus prolixior explicatio, & quid circa illud, vel juris naturalis, vel Romani CCLXIII. 178. seqq. an actio L. aquiliæ cum actione commodati concurrat CCCXCIII. 257. damnum infectum CMLXXXVII. 657.

Abi-

188

DCC

E.

Emphyteusis

Emtio venditio

Error

Evictio

No-

Pa

P.

Pactum

Pandecta.

Patria potestas.

Pauliana

Pauperies

Pro-

Res

Ser

DLXXXI.

L. S. N.

